

המשפט הבין-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר

בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה

המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות

יעל רונן*

מאמר זה משרטט בקווים כלליים את המסגרת המשפטית אשר לאורה יש לבחון את זכותם של מתנחלים ישראלים להישאר בהתנחלויות בגדה המערבית אם ישראל תיסוג מהשטח והוא יעבור לריבונותה של מדינה פלסטינית. מסגרת משפטית זו מבוססת על האינטרסים הלגיטימיים של הריבון החדש לעומת הזכות לחיים פרטיים של המתנחלים. פרמטרים כלליים אלה תקפים גם במקרים אחרים של נסיגת מעצמה כובשת מהשטח שכבשה, ולצורך השוואה המאמר סוקר את ההסדרים שהושגו במדינות הבלטיות ואת אלה הנדונים בימים אלה לגבי קפריסין. מהניתוח עולה כי בהשוואה למתנחלים התורכים בצפון קפריסין ולמתנחלים הרוסים במדינות הבלטיות, משקלה של הזכות לחיים פרטיים של המתנחלים הישראלים צפוי להיות נמוך יחסית מול האינטרסים של הריבון הנכנס. הערכה זו מבוססת בעיקר על שתיים: ראשית, על כך שהקשר בין המתנחלים לבין ישראל הדוק מאוד, ולפיכך עוצמת הפגיעה הכרוכה בפינויים לשטחה הריבוני של ישראל פחותה בהשוואה למקרים האחרים; ושנית, בנסיבות הפוליטיות הנוכחיות, הישארותם בשטח כנטע זר נתפסת כאיום פוטנציאלי על המדינה הפלסטינית העתידית ויוצרת סכנה מוחשית לחייהם שלהם.

הקדמה. א. המסגרת המשפטית במשפט הבין-לאומי. ב. התקדימים: 1. קפריסין; 2. המדינות הבלטיות. ג. היבטים השוואתיים: 1. טעמים להרחקת מתנחלים; 2. הפגיעה בזכות לחיים פרטיים; 3. סיכום. ד. זכויותיהם של המתנחלים כלפי ישראל. ה. סיכום.

* דוקטור למשפטים, מרצה, מכללת שערי משפט. מאמר זה מבוסס על מחקר שנערך בתמיכתה הנדיבה של קרן מינרבה באמצעות מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לקוראים האנונימיים ולמערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות.

הקדמה

עניינו של מאמר זה הוא זכותם של מתנחלים להישאר בשטח אשר המעצמה הכובשת נסוגה ממנו. לסוגיה זו יש היבטים השוואתיים, ועשויות להיות לה השלכות מעשיות ביחס למתנחלים הישראלים אם ישראל תיסוג משטחים שכבשה בשנת 1967, דהיינו: הגדה המערבית, רמת הגולן וירושלים המזרחית. לסוגיה זו יש כמה היבטים: זכותה או חובתה של המעצמה הכובשת לפנות את אזרחיה מהשטח הכבוש; זכותו של הריבון הנכנס לדרוש את עזיבתם של אזרחי המעצמה הכובשת או חובתו לאפשר להם להישאר בשטח; ולעומת זאת, זכויותיהם של המתנחלים כלפי מדינת אזרחותם וכלפי הריבון החדש, הן ביחס לאפשרות להישאר והן ביחס לזכויות נלוות או חלופיות (כגון פיצויים).

ההתנתקות של ישראל מרצועת עזה באוגוסט 2005 עוררה דיון משפטי ומוסרי בשאלת זכותה של מדינת האזרחות לפנות את אזרחיה משטח שכבשה.¹ שאלה זו לא ירדה מסדר-היום, שכן אפשרות פינוי של התנחלויות עומדת עדיין על הפרק.² השאלה אם הפינוי נעשה מרצונם של המתנחלים לאחר שמדינת אזרחותם הודיעה על נסיגה מהשטח הכבוש או שהוא פרי החלטה של הריבון החדש לגרשם היא כמובן שאלה מרכזית וחשובה, אך היא אינה ממצה את שקלול הדברים, ואינה יכולה להידון במנותק משאלת היקף זכותו של הריבון החדש להרחיקם. מאמר זה מתמקד בשאלה אחרונה זו מן הזווית של המשפט הבינ-לאומי.

בשלב זה דומה כי שאלת זכותם של מתנחלים ישראלים להישאר בשטח לאחר נסיגת ישראל היא תיאורטית, שכן לפי שעה אין מתנחלים ישראלים המצהירים ברצינות על נכונותם להיות ביישוביהם אם אלה יחזרו לריבון הקודם (סוריה) או יעברו לריבונות חדשה (פלסטין). במחקרים שערך ארגון "שלום עכשיו" בקרב מתנחלי הגדה המערבית בכוונה לבחון את נכונותם להתפנות, וכן במחקרים שערך המרכז לחקר הביטחון הלאומי באוניברסיטת חיפה בקרב מתנחלי הגדה המערבית ורצועת עזה לקראת יישום תוכנית ההתנתקות, נבדקו דרכי המאבק הצפויות והעמדות לגבי הפתרון המועדף במקרה שתקבל החלטה על פינוי התנחלויות. בשני הסקרים נראה שהאפשרות של הישארות בשטח ללא

1 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: פרשת חוף עזה); עמוס כרמל "הפינוי נגזר מהנסיגה" אופקים חדשים 18 (2005) www.ofakim.org.il/zope/home/he/1108539250/1109162656

2 יאיר שלג "שייטת הארץ Online 24.6.2009 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1095174.html; יאיר שלג "רגליים שחורות" ביהודה ושומרון מודל הפינוי האלג'ירי ושאלת התאמתו לישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008) www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/opinions_R.aspx

שליטה ישראלית בו לא עמדה על הפרק.³ גם סקרי דעת-קהל הנעשים בקרב כלל הציבור הישראלי בדבר הדרכים הראויות לפתרון הסכסוך אינם מתייחסים לאפשרות כזו.⁴ השיח הפוליטי והמשפטי (הישראלי והעולמי) אינו נוגע כמעט בהיבטים של סוגיה זו מבחינת המשפט הביין-לאומי.⁵ האפשרות המסתברת יותר להסדרת גורלם של המתנחלים הישראליים הוא מעברם לשטח ישראל שבין גבולות הקו הירוק. עם זאת, ההווה אינו חורץ את העתיד לבוא. אף שההתנחלות האידיאולוגית בגדה המערבית מבוססת בעיקרה על תביעה לאומית לריבונות מדינית,⁶ ומשום כך יש לה ערך רק כאשר מתלווה אליה תביעה מדינית (ישראלית) לריבונות, התביעה הלאומית אינה כרוכה לחלוטין בזהות אינטרסים עם מדינת-ישראל. לכן אין לשלול לחלוטין את האפשרות שחלק מהמתנחלים יהיו מעוניינים להישאר בשטח.

מכל מקום, לזכותם של המתנחלים כלפי הריבון העתידי יש השלכות על תוכניהם של ההסדרים הצפויים לנסיגה ישראלית, בהנחה שנסיגה כזו לא תהיה חד-צדדית, אלא תיעשה

3 בסקר של "שלום עכשיו" נשאלו המרואיינים לגבי דרכי המאבק בהחלטת פינוי ולגבי הפתרון המועדף במקרה שתתקבל החלטה על פינוי התנחלויות. בהקשר זה האפשרויות הנזכרות בסקר של "שלום עכשיו" הן שהמדינה תעניק פיצויים ותאפשר למפונים להחליט בעצמם על הפתרון המתאים להם, שהמדינה תיישב מחדש את המפונים בשטחה של מדינת-ישראל, שהמדינה תיישב מחדש את המפונים באזורים אחרים ביהודה ושומרון, וסירוב לכל פתרון. האפשרות האחרונה זכתה בתמיכה של 9% מהנשאלים בשנת 2002, אך מן ההקשר של הדברים נראה שהכוונה היא לא שהמתנחלים יישארו במקומם גם ללא שליטה ישראלית בשטח, אלא שהם מסרבים לדון בכל הסדר המשנה את המצב הקיים. ראו www.peacenow.org.il/site/he/peace. asp?pi=61&fld=188&docid=1399&pos=3 את המחקר של המרכז לחקר הביטחון הלאומי ערכו גבריאל בן-דור, דן שיפטן, עמי פדהצור, דפנה קנטי-נסים וסיון הירש-פלר. ראו אורן הלוי "עמדות תושבי יש"ע לקראת יום תוכנית ההתנתקות" קריות באינטרנט 25.7.2005 www.krayot.com/articles/7121.html.

4 לתוצאות של מגוון סקרים מהשנים האחרונות ראו את האתר של יוזמת ג'נבה – www.heskem.org.il/sources.asp?id=23. לא למותר לציין כי למחזיקי האתר יש עמדה ברורה בדבר הפתרון הרצוי (שלפיה גושי התנחלויות ורוב המתנחלים יסופחו לישראל וייערכו חילופי שטחים), ולפיכך אין פלא שממצאי הסקרים נוטים לתמוך בעמדה זו.

5 כך, למשל, בפרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 1, התמקד הדיון לחלוטין בשאלת זכויותיהם של התושבים המפונים כלפי ממשלת ישראל על-פי המשפט החוקתי הישראלי. אך ראו דיון בסוגיה קרובה לזו הנדונה כאן, והיא מעמדם של אזרחים ישראלים שיישארו בהתנחלויות במקרה של הכרזת עצמאות פלסטינית באופן חד-צדדי, אצל דניאל ארלסון "מדינה חד-צדדית: המתנחלים יהפכו לשב"חים?" *ynet* 17.11.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3805888,00.html.

6 עקיבא אלדר ועדית זרטל אדוני הארץ: המתנחלים ומדינת ישראל 1967–2004 246–247 (2004).

במסגרת הסכם בינה לבין שכנותיה – מדינה פלסטינית עתידית וסוריה.⁷ מבחינה תיאורטית יש מגוון של מנגנונים אפשריים להסדרים אשר יקנו לישראל זכויות טריטוריאליות בשטחי ההתנחלויות באופן שעשוי לאפשר את המשך ישיבתם של אזרחים ישראלים שם, כגון מובלעות טריטוריאליות ישראליות,⁸ חכירת שטחים על-ידי ישראל או חילופי שטחים (ואולי גם חילופי אוכלוסיות).⁹ אפשרות אחרת היא שמעמדם של המתנחלים יוסדר בין ישראל לבין המדינה הפלסטינית על בסיס פרסונלי בלבד. אך כל הסדר משפטי לנסיגה שיגובש – חד-צדדי או מוסכם, בשילוב הוראות בעלות תחולה טריטוריאלית או בלעדית – יושפע בניסוחו וביישומו מהבנת הנורמות הכלליות של המשפט הבין-לאומי המסדירות את מעמדם של מתנחלים. מטרתו של מאמר זה היא להציג את פעולתן של נורמות אלה ביחס למתנחלים הישראלים בגדה המערבית, תוך השוואה ליישומן במקרים אחרים.

לתופעה של התנחלות אזרחית בחסותה או ביוזמתה של מעצמה כובשת, אשר יש להסדיר את מעמדה עם תום הכיבוש, יש כמה תקדימים בהיסטוריה העולמית למן תום מלחמת-העולם השנייה. הבולטים מביניהם הם המקרים של המדינות הבלטיות, מזרח טימור, צפון קפריסין וסהרה המערבית.¹⁰ בכל המקרים הללו, כמו במקרה הישראלי, נקטה המעצמה הכובשת מדיניות של עידוד מעבר של אוכלוסייה לשטח הכבוש על-מנת לחזק את אחיזתה בו. בחלק מהמקרים – במדינות הבלטיות ובמזרח טימור – הרחיקה המעצמה הכובשת לכת ונקטה מדיניות של עידוד וכפייה גם-יחד.

לנוכח הניסיון ההיסטורי המצטבר, עולה בין היתר השאלה אם יש בו כדי להאיר את מעמדם של המתנחלים הישראלים בהקשר אפשרי של יישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

7 הדיון שלהלן יתמקד במתנחלים בגדה המערבית ביחס למדינה פלסטינית עתידית. אולם העקרונות המשפטיים המוצגים תקפים, בשינויים המחויבים, גם לגבי תושבי רמת-הגולן ביחס לסוריה.

8 לדיון בהיבטים הגיאוגרפיים של מובלעות טריטוריאליות כמודל להישארות ישראלים בהתנחלויות ראו אלישע אפרת גיאוגרפיה של כיבוש: יהודה, שומרון וחבל עזה – תמונת מצב 174–179 (2002).

9 בהקשר זה ראו ליאב אורגד, יורם רבין ורועי פלד "העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית: נקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי" משפט וממשל י 187 (2007).

10 התקדימים לפני מועד זה רבים אף יותר, אך הדיון מוגבל לשנת 1945 ואילך מכיוון שהמשפט הבין-לאומי החל כיום בנושא זה שונה עד-מאוד מזה שהיה תקף קודם לכן. במזרח טימור, אשר נכבשה על-ידי אינדונזיה בשנת 1974 וסופחה אליה בשנת 1976, שאלת זכותם של המתנחלים האינדונזים, שמנו בשלהי השלטון האינדונזי בין 10% ל-20% מהאוכלוסייה, התייתרה בשנת 1999 לנוכח העובדה שרובם ככולם ברחו מהשטח כאשר תושבי מזרח טימור בחרו בעצמאות במסגרת משאל-העם שנערך בחסות האו"ם. עם זאת, שאלות קשות נותרו בעקבות עסקות מקרקעין שהמתנחלים האינדונזים היו מעורבים בהן. ראו: DANIEL FITZPATRICK, LAND CLAIMS IN EAST TIMOR (2002). לגבי סהרה המערבית, למיטב ידיעתי לא נערך עד היום דיון מעמיק בגורלם של תושבי השטח המרוקאים במקרה שסהרה המערבית תקבל עצמאות.

מבין הסכסוכים הנזכרים, יש נטייה להשוות את הסכסוך הישראלי-פלסטיני לזה שבקפריסין. אכן, יש קווי דמיון בין המקרים – בשניהם מדובר בקבוצה אתנית ולאומית אשר חוותה עקירה ואובדן רכוש, ולעומתה קבוצה אתנית ולאומית אחרת שנכנסה לשטח והקימה בו ישות פוליטית עצמאית. על-פי-רוב ההשוואה בין המקרים נעשית בהקשר של זכויות הפליטים שברחו מהשטח שבו הוקמה הישות החדשה, קרי, זכויותיהם של קפריסאים-יוונים שעברו מצפון האי לדרומו בשנת 1974 לעומת זכויותיהם של פלסטינים שעברו מהשטח שנהפך לישראל בשנת 1948 אל מדינות ערב הסובבות. אולם עולה שאלה נוספת, והיא אם יש מקום להשוואה בין המתנחלים התורכים שהגיעו לצפון קפריסין למן שנת 1974, בחסות הצבא התורכי, לבין ההתיישבות הישראלית בגדה המערבית.¹¹ בשנת 2004 עלתה על הפרק הצעה מקיפה ומפורטת של האו"ם להסדרת הסכסוך בקפריסין, כולל סוגיית המתנחלים התורכים (תוכנית אנאן). עד כמה ניתן ללמוד מהצעה זו ביחס להסדר אפשרי של סוגיית המתנחלים הישראליים? הסקירה שלהלן תתייחס גם לנסיון של המדינות הבלטיות אשר הסדירו את מעמדן של המתנחלים הרוסים בשטחיהן כאשר שבו להיות עצמאיות בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים.

חלק א של המאמר מתאר את המסגרת המשפטית בגדרו של המשפט הבין-לאומי לדין בזכותם של המתנחלים להישאר בשטחי ההתנחלויות לאחר חילופי שלטון. מצד אחד, לריבון החדש יש חופש פעולה ביחס לאזרחים זרים בשטחו, אולם כנגד זה עומדת זכותם של המתנחלים לחיים פרטיים. באיזון בין אינטרסים וזכויות אלה יש משקל מיוחד למעמדן המשפטי של ההתנחלויות. חלק ב מתאר את ההסדרים הצפויים בנוגע למעמדן של המתנחלים בקפריסין, ואת האופן שבו הוסדר מעמדן של המתנחלים במדינות הבלטיות. חלק ג בוחן כמה טעמים להרחקת המתנחלים על-ידי הריבון החדש, אשר קשורים במישורן להיותם מתנחלים בשטח כבוש לשעבר. בחלק זה אתייחס להשלכות המעשיות, ולפיכך לתוקפו, של כל אחד מהטעמים ביחס למתנחלים בגדה המערבית, תוך השוואה לתקדימים של המדינות הבלטיות וקפריסין. חלק זה בוחן גם את מידת הפגיעה בזכותם של המתנחלים לחיים פרטיים, אשר מגבילה את חופש הפעולה של הריבון החדש. שקילת האינטרסים והזכויות השונים אלה כנגד אלה מובילה למסקנה כי יש טיעונים חזקים בעד זכותה של מדינה פלסטינית עתידית לדרוש את פינוי המתנחלים משטחה. עניינם של המתנחלים הישראליים בגדה המערבית שונה בכך מעניינם של המתנחלים התורכים בקפריסין ושל המתנחלים הרוסים במדינות הבלטיות. חלק ד של המאמר דן בקצרה במשמעות של פינוי המתנחלים מבחינת היחסים בינם לבין ממשלת ישראל.

11 איל זמיר ואיל בנבנשתי "אדמות היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים (1993).

א. המסגרת המשפטית במשפט הבין-לאומי

אין כיום מחלוקת משפטית של ממש על כך שהדינים החלים על שליטתה של ישראל בגדה המערבית הם דיני הכיבוש.¹² גם ישראל רואה את עצמה כמעצמה כובשת בשטח. המחלוקת רבת-השנים בדבר מעמדן של הגדה המערבית ורצועת עזה לא נגעה במעמדה של ישראל ככובשת, אלא בתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, בדבר היחס לאזרחים בזמן מלחמה,¹³ על שליטתה של ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה. מחלוקת זו הייתה קשורה בעיקר להתנגדותה של ישראל להכיר – ולו במשתמע או בעקיפין – בריבונותה של ירדן על השטח, אשר נועד על-פי החלטת החלוקה להיות חלק מהמדינה הערבית אך נכבש בתוקפנות ירדנית בעת מלחמת העצמאות.¹⁴ כך, ישראל מעולם לא חלקה על תחולתן של תקנות האג בנוגע לשטח כבוש על הגדה המערבית או על רצועת עזה.¹⁵ העמדה המקובלת במשפט הבין-לאומי היא ששטח הוא "כבוש" כאשר הוא מוחזק על-ידי מדינה שאינה ריבונית, בין אם מי שהחזיק בו קודם לכן היה ריבון לגיטימי ובין אם לאו.¹⁶ על-פי עמדה זו, גם הגדה המערבית היא שטח כבוש לצורך תחולתם של דיני הכיבוש המעוגנים באמנת ג'נבה ובמשפט המנהגי.

- 12 המונח באנגלית הוא *occupation* או *belligerent occupation*. ישראל השתמשה במשך שנים רבות בביטוי "תפיסה לוחמתית", אשר מיתרגם גם הוא לאנגלית למונח *belligerent occupation*, על-מנת לעמעם את הקונוטציה השלילית של הביטוי "כיבוש". עם זאת, המשמעות המשפטית של הביטויים השונים חד היא. ביטוי נוסף אשר שימש את המערכת הממשלתית במשך שנים היה "שטחים מוחזקים", ובאנגלית *administered territories*. ביטוי זה התבסס על עמדת ישראל שלפיה אין מדובר ב"כיבוש" כמשמעו במשפט הבין-לאומי. אולם במשפט הבין-לאומי אין קטגוריה מוכרת של "שטח מוחזק" או "שטח מנוהל".
- 13 אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).
- 14 בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988); Yehuda Zvi Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, 3 *ISR. L. REV.* 279, 288 (1968).
- 15 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18, 1907, available at www.unhcr.org/refworld/type,MULTILATERALTREATY,HAGUE,,4374cae64,0.html. דווקא ס' 43 לתקנות האג, להבדיל מאמנת ג'נבה הרביעית, מבחין לכאורה בין כיבוש שטח שהיה תחת שליטה "לגיטימית" לבין כיבוש שטח אחר: "The authority of the *legitimate* power having in fact passed into the hands of the occupant..." (ההדגשה הוספה).
- 16 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶95 (July 9). (להלן: חוות-הדעת בעניין הגדר).

מעמדה של רמת-הגולן שונה במקצת מזה של הגדה המערבית. האזור אומנם סופח לישראל על-פי המשפט הישראלי,¹⁷ אך על-פי עקרונות המשפט הבינ-לאומי המנהגי, מדינה אינה יכולה לרכוש ריבונות באופן חד-צדדי בעקבות שימוש בכוח.¹⁸ משום כך, מבחינת המשפט הבינ-לאומי, השטח נותר במעמד של שטח כבוש.¹⁹ החזקת שטח תחת כיבוש אינה אסורה על-פי המשפט הבינ-לאומי, לפחות כל עוד הכיבוש אינו נובע מהפרה של המשפט הבינ-לאומי וכל עוד המעצמה הכובשת אינה מכשילה משא-ומתן בתום-לב לשלום.²⁰ במהלך השנים נטען כי עצם הכיבוש הישראלי הוא בלתי-חוקי, לנוכח האופן שבו הוא מנוהל (להבדיל מן האופן שבו הוא נוצר) ולנוכח התמשכותו,²¹ אך אפיון זה אינו נקי מבעיות.²² סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה". עמדתה של מדינת-ישראל לגופו של סעיף 49(6) היא שההתנחלות בשטחים שבשליטתה – דהיינו, התיישבותם של אזרחי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש – אינה מהווה הפרה של הוראה זו, מכיוון שסעיף 49(6) אוסר העברת אוכלוסייה בכפייה, ולא מעבר מרצון, וכן מכיוון שההתנחלות אינה

17 לאון שלף "בשולי החקיקה (באיחור מה) ובטרם הפסיקה (אולי): חוק רמת הגולן – החלת משפט ולא סיפוח" הפרקליט מא 35 (1993); אשר מעוז "רמת הגולן – חלק ממדינת ישראל?" הפרקליט מא 50 (1993).

18 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Allan Gerson, : Res. 2625 (XXV), U.N. Doc. A/8082 (Oct. 24, 1970) לדעה אחרת ראו: *Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank*, 14 HARV. INT'L L.J. 1 (1973). המצב עשוי להיות שונה אם המדינה הנכבשת חדלה מלהתקיים. עם זאת, מכיוון שכבוש אינו מאיין ריבונות, נראה שהנסיבות שבהן מדינה נכבשת תחדל מלהתקיים הן נדירות.

19 ראו, לדוגמה, את ההחלטות הבאות של העצרת הכללית של האו"ם: G.A. Res. 47/63, U.N. Doc. A/Res/47/63 (Dec. 11, 1992); G.A. Res. 47/59, U.N. Doc. A/Res/47/59 (Dec. 14, 1993); G.A. Res. 50/22, U.N. Doc. A/Res/50/22 (Dec. 4, 1995); G.A. Res. 51/133, U.N. Doc. A/Res/51/133 (Dec. 13, 1996); G.A. Res. 61/118, U.N. Doc. A/Res/61/118 (Dec. 14, 2006). שאלת מעמדו של שטח שלא היה בו ריבון מתעוררת ביתר חריפות לגבי ירושלים. אך על-פי הגישה שלפיה כיבוש אינו מותנה בריבונות קודמת, השאלה נוגעת רק בלגיטימיות היחסית של תביעות במסגרת משא-ומתן.

20 לגישת בנבנשתי, כיבוש תוך סירוב לנהל בתום-לב משא-ומתן לשלום נהפך לבלתי-חוקי. EYAL BENVENISTI, *THE LAW OF OCCUPATION* 187 (2nd ed. 2004).

21 לדיון בטענות השונות בעניין זה ראו: Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 551–614 (2005).

22 לדיון בפרמטרים לקביעת חוקיותו או אי-חוקיותו של כיבוש ראו: Yaël Ronen, *Illegal Occupation and its Consequences*, 41 ISR. L. REV. 201, 201–211 (2008).

כרוכה בעקירת התושבים הפלסטינים.²³ עם זאת, העמדה המשפטית המקובלת היא שכל התיישבות של אזרחי המעצמה הכובשת בשטח הכבוש היא בלתי-חוקית. העובדה שאין מדובר בהעברה כפויה, אלא במעבר מרצון, אינה רלוונטית לעניין זה, שכן סעיף 49(6) נועד להגן לא על האוכלוסייה העוברת, אלא על אוכלוסיית השטח הכבוש – הן כפרטים והן כקולקטיב בעל זכות להגדרה עצמית. נוסף על כך, סעיף 43 לתקנות האג קובע את הכלל המשפטי הבסיסי של דיני הכיבוש, שלפיו המעצמה הכובשת צריכה להשאיר את המצב המשפטי בשטח על כנו, אלא אם יש מניעה מוחלטת לכך (מבחינת צרכיו של הצבא הכובש, ובפרשנות מרחיבה – מבחינת צרכיה של האוכלוסייה הכבושה). הקמת התנחלויות אינה נובעת מ"מניעה מוחלטת" כזו, ומשום כך היא אסורה גם על-פי נורמת-היסוד הכללית של דיני הכיבוש.²⁴ עמדה זו באה לידי ביטוי בחוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבינ-לאומי בהאג בעניין גדר ההפרדה, במישרין לגבי ההתנחלות הישראלית בגדה המערבית.²⁵

העברת אוכלוסייה אזרחית של הכובש נאסרה מפורשות בפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה,²⁶ ואף נקבעה כעברה פלילית. תחולתה של הוראה זו על ישראל מוטלת בספק, כי ישראל אינה צד לפרוטוקול, ויש מחלוקת אם ההוראה מחייבת מכוח המשפט המנהגי. העברת אוכלוסייה אזרחית של המעצמה הכובשת נכללת גם ברשימת הפשעים הבינ-לאומיים הקבועה בחוקת בית-הדין הפלילי הקבוע.²⁷ יש הלמדים מכך שאיסור התנחלות (לפחות כאשר מדובר, כמו בפרוטוקול הראשון, בהעברה במישרין על-ידי

23 לעמדתה של ישראל ראו: Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, 8 ISR. Y.B. HUM. RTS. 104, 124 (1978). בית-המשפט העליון בישראל קבע כי חוקיותה של מדיניות ההתנחלות (להבדיל מהסוגיה של הפקעת קרקע פרטית לצורך הקמת התנחלות) אינה שפיטה – בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

24 BENVENISTI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 140–141.

25 חוות-הדעת בעניין הגדר, לעיל ה"ש 16, פס' 120–121. לביקורת חוות-הדעת בנוגע לניתוח מעמדה של ההתנחלויות ראו: Ruth Wedgwood, *The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense*, 99 AM. J. INT'L L. 52 (2005); David Kretzmer, *The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law*, 99 AM. J. INT'L L. 88, 183–184 (2004).

26 ס' 85(4)(א) (לפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנות ג'נבה (נפתח לחתימה ב-1977)).
27 ס' 8(2)(b)(viii) לחוקת רומא קובע את הפעולה הבאה כעברה על דיני המלחמה: "The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory". Rome Statute of the International Criminal Court, art. 8(2)(b)(viii), July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. איסור ההעברה "בעקיפין" הוא הרחבה מעבר להוראות של אמנת ג'נבה הרביעית והפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנות ג'נבה.

הממשלה, ולא בהעברה בעקיפין – למשל, על-ידי מתן אפשרות לאזרחים לעבור מרצונם) מהווה אף נורמה קוגנטית.²⁸

על-פי כללי המשפט המנהגי בדבר אחריותה של מדינה, מדינה המפרה הוראה של המשפט הבינ-לאומי מחויבת בראש ובראשונה להפסיק את ההפרה ולהשיב את המצב לקדמותו.²⁹ משמעות הדבר היא שמבחינת המשפט הבינ-לאומי על ישראל לפנות את ההתנחלויות ללא תנאי (ובלי קשר לשאלת פינויו של השטח הכבוש בכללותו). לכאורה, מעמד המשפטי של המתנחלים כלפי המשטר החדש מונחה על-ידי העיקרון *ex injuria jus non oritur*, שלפיו מעשה בלתי-חוקי אינו יכול להצמיח תוצאות משפטיות תקפות. לפיכך כל מעמד שהמשטר הכובש התיימר להעניק למתנחלים המתגוררים בשטח בטל מעיקרו. מבחינת הריבון הנכנס, למתנחלים אין זכות ישיבה בשטח. בהעדר מעמד חוקי, אדם אינו זכאי להישאר בשטחה של מדינה, והמדינה רשאית להרחיקו או לגרשו.³⁰

לתוצאה זו מוביל גם היקש מתחום משפטי אחר, והוא דיני ירשת מדינות, שעניינם המשפט החל בעת חילופי ריבונות, להבדיל מהמשפט החל בעת סיומו של כיבוש. בבסיס דינים אלה מצויה ההנחה כי השלטון היוצא היה הריבון החוקי על-פי המשפט הבינ-לאומי. מכאן גם יש חזקה שזכויות תושבות שהעניק שלטון זה הן חוקיות באופן כללי ותקפות על-פי המשפט הבינ-לאומי. אולם גם בנסיבות כאלה ריבון חדש הנכנס לשטח אינו מחויב להתיר לאזרחים זרים להישאר בו.³¹

האיסור החל על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש והחובה הנגזרת לפנות אוכלוסייה זו מהשטח חלים על המעצמה הכובשת, ואין בהם התייחסות למעמדו של הפרט היושב

Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 28 Commission on Human Rights, Human Rights and Population Transfer: Final Report of the Special Rapporteur, Mr. Al-Khasawneh, ¶ 46, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/23 (July 27, 1997).

ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ¶ 30, 29 U.N. Doc. A/56/10 (2001) (להלן: הוועדה למשפט בין-לאומי)

למעשה בלתי-חוקי ולפיכך בלתי-תקף עשויות להיות, בנסיבות חריגות, תוצאות משפטיות אפקטיביות. ראו: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16, ¶ 125 (June 21) עשויים להיות נכונים גם לגבי מעשים בלתי-חוקיים של מעצמה כובשת הפועלת בניגוד לדיני הכיבוש. עם זאת, בהקשר של הענקת מעמד תושבות בשטח לא נראה שהחריג יחול, וממילא ספק אם השלטון החדש יהיה מחויב להכיר בתוקפו של מעמד כזה מכוח החריג. ראו: Ronen, *Status of Settlers Implanted by Illegal Regimes under International Law*, BRIT. Y.B. INT'L L. 195, 231–236 (2009).

שאלה מורכבת יותר היא אם הוא צריך לכבד את מעמדם של אזרחי הריבון הקודם בשטח כאזרחים שלו. סוגיה זו אינה מתעוררת בהקשר הנוכחי, מכיוון שלמתנחלים אין טענה לאזרחות המזוהה עם השטח הכבוש. ILC, Draft Articles on Nationality of Natural Persons .in relation to the Succession of States, U.N. Doc. A/54/10 (July 23, 1999).

בהתנחלות. דיני הכיבוש, שבמסגרתם קבועה החובה הראשונית (לא להתנחל), אינם מתייחסים כלל לאפשרות שהחובה תופר. דיני אחריות המדינה, הקובעים את החובה השניונית במקרה של הפרת נורמה של המשפט הבינ-לאומי (להחזיר את המצב לקדמותו על-ידי פינוי ההתנחלות), אינם מסדירים את אחריותם – או זכויותיהם – של אנשים פרטיים. את החלל הזה ממלאים דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים, החולשים על יחסיהם של המתנחלים עם שתי מדינות: המדינה הכובשת, אשר יישבה אותם או אפשרה להם להתיישב בשטח; והריבון הנכנס לשטח, בין שמדובר בריבון חוזר (סוריה) או בריבון חדש (מדינה פלסטינית).³² יחסים אלה באים לידי ביטוי בעיקרון *ex factis jus oritur*, שלפיו למצבים עובדתיים חדשים עשויות להיות תוצאות משפטיות בגלל האפקטיביות של אותם מצבים, אשר אינה מאפשרת להשיב את המצב לקדמותו על-אף אי-החוקיות המקורית.³³ דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים מגינים על צרכים שונים של הפרט, תוך מתן משקל מוגבל, אם בכלל, לאופן שבו נוצרו צרכים אלה. כך, דינים אלה עשויים להגן על זכותם של המתנחלים להישאר בשטח כלפי השלטון החדש, באופן האוסר על שלטון זה להרחיקם, וזאת על-אף אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהגעתם לשטח מלכתחילה. עיקרי הדינים הרלוונטיים מעוגנים באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,³⁴ אשר סוריה צד לה וייתכן שגם המדינה הפלסטינית תהיה צד לה. נוסף על כך, שתי המדינות תהיינה מחויבות ממילא בנורמות המהוות משפט מנהגי.³⁵

32 ברור שעם נסיגתה של המעצמה הכובשת מהשטח שאלת זכותם של המתנחלים להישאר בשטח עולה רק ביחסיהם עם הריבון החדש (אלא אם כן יש בין הצדדים הסדר ספציפי בעניין זה לקראת הנסיגה). בידי המדינה הכובשת כבר אין שליטה בשטח לאחר נסיגתה ממנו, ולכן אין לה אפשרות מעשית או משפטית להעניק בו זכויות.

33 לאחר חתימת מאמר זה פרסם בית-הדין האירופי לזכויות אדם את החלטתו בתלונה שהגישו בעלי מקרקעין קפריסאים-יוונים נגד תורכיה בגין הלאמת רכושם על-ידי שלטונות צפון קפריסין. פסק-הדין מהפכני מכמה סיבות: האחת היא שבית-המשפט התייחס לתורכיה כאל מעצמה כובשת; השנייה היא שבית-הדין התייחס לחלוף הזמן כאל שיקול רלוונטי, דהיינו, הוא יישם את העיקרון *ex factis jus oritur*; שלישית, בית-הדין הביע נכונות להכיר בסמכותה של תורכיה, המעצמה הכובשת, להסדיר בחקיקה את הסעדים שיינתנו באותם מקרים שבהם היא עצמה הפרה את דיני זכויות האדם. מדובר לא רק במתן הכשר בדיעבד לתוצאות משפטיות של מעשים, אלא במתן הכשר למעשים עצמם. ראו: Demopoulos v. Turkey, App. No. 46113/99, Decision on Admissibility (March 1, 2010). ההחלטה טרם פורסמה. ניתן לחפשה באתר: cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.

34 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושרה על-ידי ישראל ב-1991).

35 נוסף על כך, העיקרון *ex factis jus oritur* הועלה לאחרונה כבסיס לטיעון שפינוי התנחלויות מהווה "טיהור אתני" ולפיכך זהו פשע בין-לאומי. טיעון זה מעורר שאלות בתחום המשפט הפלילי הבינ-לאומי אשר מקבילות לאלה הנדונות כאן בהקשר של זכויות אדם. ראו opiniojuris.org/2009/07/08/freezing-natural-growth-measures-intended-to-prevent-births, כולל התגובות על הכתבה.

במשפט הבינ-לאומי המנהגי אין איסור לגבי גירוש כשלעצמו, למעט של אזרחי המדינה.³⁶ באשר לאזרחים זרים, סעיף 13 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אוסר "גירוש שרירותי" של זרים הנמצאים בשטח המדינה כדין. אך גם הוראה זו, שאינה חלה במישורין על מתנחלים הנמצאים בשטחה של המדינה החדשה בעקבות הפרה של המשפט הבינ-לאומי, אינה מקנה הגנה מהותית מפני גירוש. האיסור שהוטל על גירוש "שרירותי" התפרש כדרישה מצומצמת לקיום הליכים פרוצדורליים תקינים, דהיינו, למתן טעם מוצדק לגירוש ביחס למועמד הספציפי. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכן האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות³⁷ מעגנות זכויות אחרות אשר הגירוש עשוי להביא לידי פגיעה בהן, כגון איסור גירוש המוני, הזכות לשימוע, איסור אפליה גזעית, לאומית או דתית,³⁸ הזכות להגנה על קניין, איסור הפגנת יחס לא-אנושי, הזכות לתנאי מחיה מינימליים, הזכות לתעסוקה, הזכות לחינוך ועוד. הפגיעות בזכויות אלה אינן נובעות במישורין ובהכרח מעצם הגירוש, אלא עשויות להתעורר עקב האופן שבו הגירוש נעשה או בגלל הנסיבות הספציפיות של המועמד לגירוש או של הליך הגירוש.³⁹ לכן זכויות אלה אינן יכולות לספק הגנה עקרונית וגורפת מפני מדיניות של גירוש, אלא לכל-היותר מפני האופן שבו הגירוש נעשה בנסיבות קונקרטיות.

סעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אוסר על מדינה למנוע באופן שרירותי את שיבתו של אדם לארצו.⁴⁰ מנורמה זו נגזרת גם הזכות לא להיות מגורש מאותה ארץ.⁴¹ האם זכות זו מטילה חובה על הריבון הנכנס אל השטח הכבוש לשעבר לאפשר את הישארותם של מתנחלים בו? הפרשנות המקובלת לסעיף 12(4) היא שהוא מכונן בראש ובראשונה לאזרחים וכן למי שבגלל קשריו לארץ מסוימת אינו יכול להיחשב זר בה. השאלה אם תושבים ותיקים שאינם אזרחים יכולים ליהנות מהגנת סעיף 12(4) כ"מי שאינם יכולים להיחשב זרים" נדונה בוועדה לזכויות אדם, המפקחת על יישום האמנה. לגישת הוועדה, סעיף 12(4) יחול על מי שאינם אזרחי השטח רק בנסיבות חריגות: כאשר הם חסרי

36 ס' 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 34; ס' 4 לפרוטוקול הרביעי של האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות-יסוד, ETS No. 046 (נפתחה לחתימה ב-1963). הוראה זו נחשבת משקפת את המשפט המנהגי.

37 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושרה ב-1991).

38 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 34, ס' 2(א); International Law ; Commission, Third Report on the Expulsion of Aliens, ¶ 27, U.N. Doc. A/CN.4/581 (Aug. 10, 2007) (by Special Rapporteur Maurice Kamto).

39 שם. הדוח מבחין בין הגבלות הנובעות מנורמות מהותיות של המשפט הבינ-לאומי לבין אלה שקשורות להליכי הגירוש. הקטגוריה האחרונה אינה מושפעת בדרך-כלל מזהותם של המועמדים לגירוש או מנסיבות הגירוש (למעט כאשר מדובר בגירוש מטעמי ביטחון).

40 "No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country".

41 ראו את חוות-דעתו של Bhagwati בעניין: Stewart v. Canada, Communication No. 538/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993 (Nov. 8, 1996).

אזרחות או כאשר הם אינם יכולים ליהנות מהזכויות הנלוות לאזרחותם הזרה. תושבים שמחזיקים באזרחות זרה שניתן להסתמך עליה, ואשר העובדה שהם לא רכשו אזרחות במדינת מושבם לא נבעה מהתעמרות מצד אותה מדינה, אינם יכולים ליהנות מהוראת סעיף 12(4).⁴² לפי גישה זו, ישיבה במקום וקשר עובדתי (אך לא משפטי) אליו, ארוכים ככל שיהיו – דוגמת ישיבתם של המתנחלים בשטח הכבוש – אינם מקנים כשלעצמם הגנה על-פי סעיף 12(4).⁴³ ההגנה בסעיף 12(4) היא מוחלטת כמעט. מדברי ההכנה של האמנה עולה כי מניעת כניסה וגירוש מותרים רק אם מדובר בהגליה כעונש פלילי. אך הגנה דווקנית זו, האוסרת כל גירוש כאמצעי מנהלי, כרוכה בתפיסה הצרה של ההגנה בסעיף, המוקנית מלכתחילה לאזרחים בלבד.⁴⁴

המיעוט בוועדה לזכויות האדם תמך בהרחבת הפרשנות של סעיף 12(4) גם לתושבים ותיקים שיש להם אזרחות זרה. גישה זו נתמכת גם בספרות המשפטית,⁴⁵ אך נדחתה על-ידי הוועדה בנסחה את ההערה הכללית המנחה את המדינות בנוגע ליישום האמנה.⁴⁶ עמדת המיעוט נבעה במידה רבה מהשפעת הפרשנות של הזכות לחיים פרטיים של תושבים ותיקים באמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות-יסוד (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם).⁴⁷ בפסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם ביחס לאמנה זו התפתחה הגנה מפני הפגיעה בזכות לחיים פרטיים הנגרמת כמעט בהכרח על-ידי כל גירוש. הזכות לחיים פרטיים עומדת לכל אדם, ומכאן חשיבותה בהגנה על אזרחים זרים. האמנה האירופית

42 שם, פס' 12.4. ראו גם: *Francesco and Anna Madafferi and their children v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001 (July 26, 2004). Communication No. 1011/2001, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, ¶ 20 (1999). חוות-דעת זו עוגנה בהערה הכללית של הוועדה בנוגע לחופש התנועה על-פי ס' 12: U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, ¶ 20 (1999).

43 לניתוח הפרשנות של ס' 12(4) בוועדה ראו Ronen, לעיל ה"ש 30, בעמ' 240–242. למרבה האירוניה, טענה של המתנחלים בהסתמך על ס' 12(4) מכוח הקשר הלאומי וההיסטורי שלהם למקום מזמינה דיון בתביעת השיבה של הפלסטינים לישראל מכוח אותה הוראה בדיוק. מבחינה עקרונית מדובר בטענות מאותו סוג, אם כי לנוכח השוני העובדתי בין המקרים, יש להניח שהאיוון בין הזכות לבין האינטרסים המנוגדים, אשר טמון בביטוי "באופן שרירותי", ייקבע באופן שונה.

44 MANFRED NOWAK, UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY 283 (2nd ed. 2005).

45 שם, בעמ' 287–288; Stig Jagerskiold, *The Freedom of Movement*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS: THE COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 166, 180–181 (Louis Henkin ed., 1981); JEAN-MARIE HENCKAERTS, MASS EXPULSION IN MODERN INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE 83 (1995); HURST HANNUM, THE RIGHT TO LEAVE AND RETURN IN INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE 59–60 (1987).

46 UN Human Rights Committee [HRC], CCPR General Comment No. 27, art. 12 (Freedom of Movement), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (Nov. 2, 1999).

47 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222.

לזכויות אדם לא תוכל לחייב את המדינה הפלסטינית במישורין, אך אין להתעלם מהשפעתה על פרשנותה של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ובעתיד הרחוק יותר – על אפשרות היווצרותו של מנהג בין-לאומי שאינו אזורי בלבד. נוסף על כך, משא-ומתן הנערך בחסות בין-לאומית מתנהל לעיתים בצילם של סטנדרטים נוספים על אלה שהצדדים מחויבים להם באופן פורמלי.⁴⁸ מכאן שלסטנדרטים הנוגעים בהגנה מפני גירוש על-פי האמנה האירופית לזכויות אדם עשוי להיות משקל גם בעניין ההתנחלויות בגדה המערבית. לגישתי, גם על-פי הסטנדרטים המחמירים יחסית של האמנה האירופית לזכויות אדם, ספק אם למתנחלים הישראליים יש זכות להישאר בשטח מכוח הזכות לחיים פרטיים. אם כך, קל וחומר שהם לא יוכלו לטעון לזכות מקבילה על-פי סטנדרטים מקילים יותר, דוגמת אלה החלים כיום על-פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע:

1. לכל אדם יש הזכות שיכובדו חייו הפרטיים, חיי המשפחה שלו, ביתו והתכתבותיו.
2. שום רשות ציבורית לא תתערב במימושה של זכות זו אלא על-פי חוק, ואם ההתערבות נחוצה בחברה דמוקרטית מטעמים של ביטחון לאומי, בטחון הציבור או רווחה כלכלית של המדינה, מניעת אי-סדר ציבורי ופשע, הגנת הבריאות או המוסר, או הגנה על זכויות וחירויות של אחרים.

על-פי פסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם, "חיים פרטיים" כמשמעם בסעיף 8 כוללים את כלל הקשרים החברתיים בין הפרט לבין הקהילה שבה הוא חי.⁴⁹ הזכות לחיים פרטיים מגינה על הזכות ליצור ולפתח מערכות יחסים עם בני-אנוש אחרים ועם העולם החיצוני. זכות זו יכולה לכלול לעיתים היבטים של הזהות החברתית של הפרט.⁵⁰ גירושם של

48 לא מן הנמנע שההסדר המדיני יקבע לאילו משטרי זכויות אדם בין-לאומיים תצטרף המדינה העתידית. כך הוצע, למשל, בתוכנית אנאן להסדרת הסכסוך בקפריסין. גם ההכרה האירופית במדינות החדשות לאחר פירוק ברית-המועצות, אף שלא היוותה חלק מהסכם מדיני פורמלי, הותנתה בהצטרפותן למשטרים שונים של משפט בין-לאומי, לרבות בתחום זכויות האדם. Üner v. The Netherlands, App. No. 46410/99, ¶ 59 (2006), available at cmiskp.echr.coe. 49

int/tpk197/search.asp?sessionid=52745485&skin=hudoc-en (להלן: פרשת *Üner v. The Netherlands*). 50 Pretty v. United Kingdom, 2002-III Eur. Ct. H.R. ¶ 61. השוו עם חוות-דעתה של הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם בנוגע לס' 11(2) לאמנה האמריקאית לזכויות אדם, שלפיה "הדרישות של סעיף 11 כוללות מגוון של מרכיבים הנוגעים בכבוד האדם, לרבות, למשל, היכולת לפתח את אישיותו ושאיפותיו, לקבוע את זהותו ולהגדיר את מערכות היחסים האישיות שלו". *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Case 11.625, Inter-Am. C.H.R., Report No. 4/01, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. ¶ 46 (2001).

תושבים זרים אך ותיקים מהווה לפיכך פגיעה בזכותם לכבוד ולחיים פרטיים.⁵¹ רציונל זה תקף גם לגבי מתנחלים בשטח כבוש: כאשר ההתנחלות נמשכת עשרות שנים, עשויים להיות מתנחלים רבים הרואים בשטח את ביתם, הן מבחינה מוחשית והן מבחינה רגשית, לאחר שהתגוררו בו חלק ניכר מחייהם או אף כל חייהם. ייתכן אף שהם מעולם לא ביקרו במדינת מוצאם (אשר עשויה להיות מדינת אזרחותם, אך לא בהכרח).

מידת הקשר של הפרט למקום מושבו נמדדת ביציבותם של הקשרים החברתיים, התרבותיים והמשפחתיים שלו באותה מדינה וכן במדינת מוצאו. קשרים אלה תלויים במשך תושבותו במדינה שהוא צפוי להיות מגורש ממנה, במצבו המשפחתי, באזרחויותיהם של אנשים אחרים אשר יושפעו מגירושו, ובחומרת הקושי שצפוי לבני המשפחה במדינת המוצא של המגורש. ככל שאדם מתגורר זמן רב יותר במדינה מסוימת, קשריו עימה מתחזקים, וקשריו עם מדינת האזרחות שלו נחלשים. לפיכך בית-הדין האירופי לזכויות אדם, המפקח על יישום האמנה, מתחשב במצבם המיוחד של אזרחים זרים אשר גדלו במדינת מושבם, התחנכו בה ורכשו בה השכלה.⁵²

אך מן העובדה שגירוש מהווה התערבות בזכות לחיי משפחה או לחיים פרטיים אין להסיק כי הוא אסור בהכרח. על-פי סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ניתן להגביל את הזכות "על-פי חוק", אם ההגבלה "נחוצה בחברה דמוקרטית" מהטעמים המנויים בסעיף, ובלבד שהפגיעה בפרט היא מידתית ביחס למטרת ההגבלה.⁵³ סעיף 8 קובע רשימה ממצה של טעמים המצדיקים התערבות בחיים הפרטיים: "ביטחון לאומי, בטחון הציבור או רווחה

51 פרשת *Üner v. The Netherlands*, לעיל ה"ש 49. בית-הדין האירופי פיתח את אמות-המידה להערכת התערבותו של אדם במדינה, בעיקר בהקשר של גירוש עבריינים מורשעים, אך אמות-מידה אלה מתאימות, בשינויים המחויבים, גם לגירוש מטעמים אחרים, לרבות הרחקת מתנחלים שהתיישבו תחת משטר בלתי-חוקי.

52 בהחלטת הוועדה האירופית לזכויות אדם בפרשת *Cyprus v. Turkey*, App. No 8007/77, Decision of 10 July 1978, 13 DR 85, קבע השופט שרמס (Schermers) בחוות-דעת יחיד בנוגע לבתי-המגורים בצפון קפריסין כדלהלן: "מכיוון שסעיף 8 מבטיח את זכותו של כל אדם שיכובד ביתו, יש להביא בחשבון גם את זכויותיו של המחזיק החדש, גם אם מלכתחילה התבססה התפיסה על זכות בלתי-תקפה. לאחר תקופת זמן ארוכה, השבת המצב לקדמותו תהווה הפרה של סעיף 8 ביחס למחזיק החדש. קשה לקבוע מה משכה של תקופה זו, כי למעשה זהו תהליך הדרגתי... בבית יוולדו ילדים שאין להם מקום אחר שהם יכולים לראות בו את ביתם... איני יכול לקבל כסעד אפשרי יחיד שתורכיה תצטרך לפרק את בתיהם של כל המחזיקים הנוכחים על-מנת לאפשר את שיבתם של המחזיקים המקוריים." ניתוח זה נכון מקל וחומר לגבי מעמדו של אדם המתנחל בשטח לא-מיושב, להבדיל מביתו של אדם אחר, שאז הכשרת מעמדו המתחזק עם השנים אינה גורעת בהכרח מזכותו של כל אדם מסוים אחר.

53 PIETER VAN DIJK ET AL., THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 747–748, 750 (4th ed. 2006). השווו גם לפסקת ההגבלה בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כלכלית של המדינה, מניעת אי-סדר ציבורי ופשע, הגנת הבריאות או המוסר, או הגנה על זכויות וחירויות של אחרים".⁵⁴

עקרונות אלה אינם יכולים לספק תשובה אחידה לשאלה הכללית אם ניתן להרחיק מתנחלים, אלא הם מהווים אמות-מידה לבחינת עניינו של כל אדם ואדם לנוכח מכלול הנסיבות הנוגעות בו באופן אישי. עם זאת, הנסיבות המדיניות והמשפטיות הנוגעות בהתנחלות עשויות להטות את הכף לכיוון מסוים ביחס לרבים מחברי הקבוצה, ואף ליצור חזקה (הניתנת לסתירה) בדבר היחס בין הזכות לחיים פרטיים לבין אינטרסים מסוימים של המדינה המבקשת לגרש את הפרט. הפרקים הבאים דנים בנסיבות אלה ובאופן שבו הן השפיעו על הסדרים שנקבעו בנוגע למתנחלים בשטחים כבושים שונים.

ב. התקדימים

1. קפריסין

(א) הסכסוך

האוכלוסייה של האי קפריסין מונה כיום כמיליון נפש.⁵⁵ מתוכם כ-80% הם קפריסאים-יוונים נוצרים, ו-20% הם קפריסאים-תורכים מוסלמים. קפריסין קיבלה את עצמאותה מבריטניה בשנת 1960. להענקת העצמאות קדמה התקשרות באמנה בין יוון ותורכיה, שקבעה את ההסדרים החוקתיים הצפויים בקפריסין ואת סמכויותיהן של יוון ותורכיה ביחס לקפריסין וביחס לשתי הקהילות שבאי.⁵⁶ להענקת העצמאות עצמה נלוותה חתימה על שתי אמנות נוספות: האחת היא אמנת הברית בין קפריסין, תורכיה ויוון, שעניינה היחסים הצבאיים בין שלוש המדינות ביחס לאי;⁵⁷ והאחרת היא אמנת הערבות בין קפריסין, מצד אחד, לבין יוון, תורכיה ובריטניה, מהצד האחר (המדינות הערביות).⁵⁸ מטרתן של האמנות

54 לשם השוואה, האמנה האמריקאית מתירה הגבלות רחבות יותר, ודורשת רק שההגבלות תוטלנה על-פי חוק, מטעמים של עניין ציבורי ובהתאם למטרות שלשמן הוטלו. American Convention on Human Rights: "Pact of San José, Costa Rica", art. 30, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 143

55 ממשלת קפריסין מעריכה כי האוכלוסייה בשטחים שבשליטתה מונה כ-867,000. Government of Cyprus, Statistical Service Demographic Report 2006, 11 (2006) TRNC Prime Ministry State Planning Organization, The Final Results of TRNC 2006 General Population and Housing Unit Census, available at nufussayimi.devplan.org/Kesin-sonuc-index_en.html

56 Agreements of London for the Final Settlement of the Cyprus Question, February 19, 1959, in 2 FETTERED INDEPENDENCE, CYPRUS 1878-1964, 223 (Stella Soulioti ed., 2006)

57 Treaty of Alliance, Aug. 16, 1960, 397 U.N.T.S. 287

58 Treaty of Guarantee, Aug. 16, 1960, 382 U.N.T.S. 3 (להלן: אמנת הערבות).

הייתה להבטיח את יציבותה של המדינה החדשה. אולם העוינות ההיסטורית בין שתי הקהילות באי התפרצה כמעט מייד לאחר קבלת העצמאות,⁵⁹ והגיעה לשיא בשנת 1974. בקיץ של אותה שנה התרחש בקפריסין נסיון הפיכה של קציני צבא אשר תמכו בסיפוח קפריסין ליוון. בתגובה פלשה תורכיה אל האי בטענה שהיא מיישמת את זכויותיה על-פי אמנת הערבות להגן על האוכלוסייה הקפריסאית-התורכית. במהלך הסכסוך המזוין, שנמשך שבועות ספורים, כמעט כל הקפריסאים-היוונים בצפון האי ברחו מבתיהם לדרומו, ואילו רוב הקפריסאים-התורכים בדרום האי ברחו לצפונה. לאחר שוך הקרבות הקימו הקפריסאים-התורכים, שהיו מרוכזים בצפון האי, יחידה טריטוריאלית-מנהלית עצמאית בתוך קפריסין בשם "המדינה הפדרטיבית התורכית של צפון קפריסין". בנובמבר 1983 הכריזה הקהילה הקפריסאית-התורכית על עצמאות באותו שטח תחת השם "הרפובליקה התורכית של צפון קפריסין" (להלן: צפון קפריסין).⁶⁰

הישות החדשה הוכרה מייד כמדינה עצמאית על-ידי תורכיה, אולם מועצת הביטחון של האו"ם הכריזה על העצמאות כבלתי-תקפה מבחינה משפטית, וקראה למדינות העולם לא להכיר בשום מדינה קפריסאית למעט הרפובליקה של קפריסין.⁶¹ הסירוב להכיר בצפון קפריסין כמדינה מבוסס על כך שתורכיה הפרה בשנת 1974 את איסור השימוש בכוח וכן את זכותה של קפריסין להגדרה עצמית.⁶² אכן, למעט תורכיה, שום מדינה אינה מכירה

59 S.C. Res. 186, U.N. Doc. S/5575 (Mar. 4, 1964).
 60 Declaration of Independence by Turkish Cypriot Parliament on 15 November 1983; U.N. Doc. A/38/586 S/16148 (Nov. 16, 1983).
 61 S.C. Res. 550 U.N. SCOR, 39th Sess., 2539th mtg. U.N. Doc. S/RES/550 (1984); S.C. Res. 541, U.N. SCOR, 38th Sess., 2500th mtg. U.N. Doc. S/RES/541 (1983).
 62 Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 974 (1983) on the Situation in Cyprus (Nov. 23, 1983) [12(c)]; JOHN DUGARD, RECOGNITION AND THE UNITED NATIONS 110 (1987). דיון בשאלות אלה נערך לחלוטין מחוות-דעתו של אליהו לאוטרפכט, אשר הופצה על-ידי תורכיה בין חברות האו"ם: E. LAUTERPACHT, TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS – THE STATUS OF THE TWO COMMUNITIES IN CYPRUS, U.N. Doc. A/44/968 S/21463 (1990), (Letter from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations Addressed to the Secretary-General) (9 Aug. 1990) צפון קפריסין טוענת כי השימוש של תורכיה בכוח נעשה במסגרת סמכותה – וחובתה – על-פי ס' 4 לאמנת הערבות: ZAIM M. NECATIGIL, THE CYPRUS QUESTION AND THE TURKISH POSITION: IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 1993) ולא שגם אם אמנת הערבות מתירה שימוש בכוח (והפרשנות המקובלת היא שאין זה המצב – ראו: Frank Soskice, *Opinion by Sir Frank Soskice Requested by Glafkos Clerides, President of the Cyprus House of Representatives, in Relation to the Implementation of Certain Articles of the Cyprus Constitution, 1 November 1963, in 2 FETTERED INDEPENDENCE, CYPRUS 1878–1964, 261* (Stella Soulioti ed., 2006)), אין בכוחה לגבור על האיסור המנהגי המעוגן במגילת האו"ם בנוגע לשימוש זה. לדיון בסוגיה זו ראו: CLEMENT H. DODD, THE CYPRUS IMBROGLIO 80 (1998); ZAIM M. NEDJATIGIL, THE CYPRUS CONFLICT: A LAWYER'S VIEW ch. 4 (2nd ed.

בצפון קפריסין כמדינה.⁶³ לגישתה של ממשלת קפריסין, שטחה הצפוני של המדינה כבוש על-ידי תורכיה, אשר הקימה בו ממשלת-בובות. גם בית-הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי לתורכיה יש שליטה אפקטיבית בשטח, אם כי הוא נמנע מלהתייחס לשטח כאל שטח כבוש, וזאת מכיוון שהמנדט של בית-הדין מוגבל לגדר האמנה האירופית לזכויות אדם. במהלך השנים נעשו נסיונות ליישב את הסכסוך בקפריסין בדרכים שונות.⁶⁴ שיאם של נסיונות אלה היה באפריל 2004, כאשר מזכ"ל האו"ם דאז קופי אנאן הציג לפני האוכלוסייה בשני חלקי האי טיוטה של הסכם כולל לפתרון בעיית קפריסין (להלן: תוכנית אנאן). על-פי התוכנית, האי יאוחד במסגרת פדרלית ל"רפובליקה המאוחדת של קפריסין" (להלן: קפריסין המאוחדת), אשר תורכב משתי תת-מדינות: אחת קפריסאית-יוונית, בחלקו הדרומי של האי, והאחרת קפריסאית-תורכית, בצפון האי.⁶⁵ במשאל-עם שנערך בשני חלקי האי ב-24 באפריל 2004 הביעו רוב תושבי צפון קפריסין תמיכה בתוכנית, אולם רוב המצביעים הקפריסאים-היוונים בדרום האי התנגדו לה. אחד הטעמים העיקריים להתנגדות היה אי-שביעות-רצון מן האופן שבו הוסדר עניינם של המתנחלים התורכים. מכיוון שקבלת התוכנית הותנתה בהסכמתם של שני הצדדים, התוכנית לא התממשה. בשנת 2008 התחדשו המגעים בין הקפריסאים-היוונים לבין הקפריסאים-התורכים, והמשא-ומתן מתנהל על-סמך תוכנית אנאן, אם כי שמה של התוכנית אינו נזכר במפורש.⁶⁶

1982). החלטות מועצת הביטחון יוצרות רושם שאי-החוקיות של הקמת צפון קפריסין נובעת מהפרת האמנות שנחתמו בשנת 1960, ואולי מעצם נסיון הפרישה. אך להפרת האמנות משנת 1960 אין נפקות משפטית כלפי מדינות שאינן צד לאמנות אלה, ופרישה כשלעצמה אינה מעשה בלתי-חוקי. James Crawford, *State Practice and International Law in Relation to Succession*, 69 BRIT. Y.B. INT'L L. 85, 86-87 (1998).

63 European Community (EC) Bulletin 11-1983 point 2.4.1, 16 November 1983; Press communiqué of the Commonwealth Heads of Government, 29 November 1983, cited in ECtHR Grand Chamber, 18 December 1996, *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments & Decisions 1996-VI 2216 [23].

64 OLIVER P. RICHMOND, *MEDIATING IN CYPRUS: THE CYPRIOT*; 62 לעיל ה"ש, NEDJATIGIL COMMUNITIES AND THE UNITED NATIONS (1998); CLAIRE PALLEY, *AN INTERNATIONAL RELATIONS DEBACLE: THE UN SECRETARY-GENERAL'S MISSION OF GOOD OFFICES IN CYPRUS 1999-2004*, 15-16 (2005); Report of the Secretary-General on his Mission of Good Offices in Cyprus, containing Proximity Talks Leading to Set of Ideas on an Overall Framework Agreement on Cyprus, U.N. Doc. S/24472 (21 Aug. 1992).

65 Comprehensive Settlement of the Cyprus Problem as finalised on 31 March 2004 (www.hri.org/docs/annan/) (להלן: תוכנית אנאן).

66 ריאיון עם ד"ר קודרט אזורסי (Kudret Özersay), יועץ למשלחת הקפריסאית-התורכית UK House of Commons Foreign Affairs Committee, Visit to Turkey (27.11.2008), וכן: and Cyprus – Fifth Report of Session 2006-07, Doc. No. HC 473, paras. 55, 81 (9 May 2007) (להלן: דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ (2007)).

(ב) המתנחלים התורכים בצפון קפריסין

בשנת 1974 התגוררו בשטח האי קפריסין כולו כ-118,000 קפריסאים-תורכים, המתגוררים כיום כמעט כולם בצפון קפריסין.⁶⁷ הרכב האוכלוסייה בצפון קפריסין השתנה מאז באופן משמעותי. ראשית, במהלך המלחמה הייתה תנודה חריפה של אוכלוסיות: הקפריסאים-היוונים ברחו מצפון האי לדרומו,⁶⁸ ועקורים קפריסאים-תורכים נהרו מדרום האי לצפונה. שנית, בשנים שלאחר-מכן התרחשה הגירה מסיבית של קפריסאים-תורכים אל מחוץ לקפריסין.⁶⁹ אך השינוי הדמוגרפי המשמעותי ביותר בצפון קפריסין הוא התנחלותם של אזרחים תורכים, בעידודם של תורכיה ושל שלטונות צפון קפריסין. המתנחלים הגיעו בשני גלים גדולים – בשנת 1975 ובשנת 1977. על-פי ההערכות היוו המתנחלים כ-10% מהאוכלוסייה הקפריסאית-התורכית באותה עת.⁷⁰ גל נוסף של מתנחלים תורכים, רובם עובדי בנייה, הגיע בתחילת שנות האלפיים.

המתנחלים התורכים נחלקים לשתי קבוצות עיקריות. רובם היו במקורם חקלאים ורועי-צאן מאזורים עניים בתורכיה, אשר הוזמנו להגר באמצעות הרדיו והודעות המוכתרים בכפרים.⁷¹ מיעוטם של המתנחלים, אך בעלי ההשפעה הפוליטית הרבה יותר, הם בעלי-מקצוע ואנשי עסקים, אנשי צבא לשעבר וסטודנטים לשעבר.⁷² אלה מתגוררים בעיקר באזורים עירוניים, ונוצרו קשרי נישואים בינם לבין הקפריסאים-התורכים.⁷³ כישוריהם המקצועיים של המתנחלים התורכים ממוצא כפרי הם מועטים, ומנהגיהם שונים במידה ניכרת מאלה של הקפריסאים-התורכים.⁷⁴ ממשלתה המוכרת של הרפובליקה של קפריסין

67 Department of Statistics and Research of the Republic of Cyprus, quoted in The Demographic Structure of Cyprus, Report of the Committee on Migration, Refugees and Demography (Rapporteur: Mr Alfons Cuco), PACE Doc. 6589, para. 35 (27 April 1992) (להלן: דוח קוקו).

68 Colonisation by Turkish settlers of the Occupied part of Cyprus, Report of the Committee on Migration, Refugees and Demography (Rapporteur: Mr Jaakko Laakso), PACE Doc. 9799, para. 18 (2 May 2003) (להלן: דוח לקסו).

69 UK House of Commons Foreign Affairs Committee, Cyprus – Second Report of Session 2004–05, Doc. No. 113-I, para. 201 (22 February 2005) (להלן: דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2005), בהסתמך על דוח לקסו, לעיל ה"ש 68, נספח 5.

70 דוח קוקו, לעיל ה"ש 67, פס' 89.

71 METE HATAY, BEYOND NUMBERS: AN INQUIRY INTO THE POLITICAL INTEGRATION OF THE TURKISH 'SETTLERS' IN NORTHERN CYPRUS 12–13 (2005).

72 דוח קוקו, לעיל ה"ש 67, פס' 90; HATAY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 11–13.

73 דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2005, לעיל ה"ש 69, פס' 54. משנת 1974 עד שנת 1990 נרשמו בקונסוליה התורכית כ-1,500 נישואי-תערובת. דוח קוקו, לעיל ה"ש 67, פס' 82. מספר יוצאי כוחות הביטחון שנישאו לקפריסאיות-תורכיות הוא כ-800. HATAY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 12.

74 HATAY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 49–50.

(להבדיל מממשלת צפון קפריסין) טוענת כי הבדלים אלה הם הסיבה העיקרית למתחים ולא-שביעות-הרצון של האוכלוסייה הקפריסאית-התורכית המקורית, אשר נוטה לראות במתנחלים גורם זר.⁷⁵ המתנחלים, מצידם, להבדיל מהקפריסאים-התורכים, חשים שאין להם דבר במשותף עם הקפריסאים-היוונים.⁷⁶ אף שממשלת תורכיה ושלטונות צפון קפריסין ארגנו ומימנו את הגירתם של מתנחלים אלה מטעמים פוליטיים, המתנחלים עצמם לא הונעו על-ידי שיקולים פוליטיים. הם אינם מהווים קבוצה אחידה מבחינה אידיאולוגית,⁷⁷ אך בגלל מספרם הגדול יש להם השפעה ניכרת על האווירה הפוליטית בצפון קפריסין.

קשה להעריך את ההרכב הדמוגרפי של צפון קפריסין.⁷⁸ ראשית, הצדדים מסווגים את האוכלוסייה על-פי אמות-מידה שונות, וכתוצאה מכך קשה להשוות את המידע המצטבר.⁷⁹ שנית, שלטונות צפון קפריסין התנגדו ליוזמות של מועצת אירופה לערוך באזור מחקרים דמוגרפיים. ממשלת קפריסין טוענת כי שלטונות צפון קפריסין אינם רוצים לחשוף את מספרם הגדול של המתנחלים, וכי תוצאות המפקד שלהם מטעות במכוון. ההערכות לגבי מספר המתנחלים נעות מ-31,000 (לטענת תורכיה) ועד יותר מ-150,000 (לגישתה של ממשלת קפריסין). לפי הערכתה של מועצת אירופה, בשנת 2000 כבר עלה מספרם של המתנחלים על זה של הקפריסאים-התורכים.⁸⁰

- 75 Colonisation by Turkish Settlers of the Occupied Part of Cyprus, Report of the Committee on Migration, Refugees and PACE Demography, 2 May 2003; דוח לקסו, לעיל ה"ש 68, פס' 40-43; Recommendation 1197 (1992) on the demographic structure of the Cypriot communities, adopted on 7 Oct. 1992, para. 7; Leonard W. Doob, *Cypriot Patriotism and Nationalism*, 30 J. CONFLICT RESOL. 383, 394 (1986).
- 76 דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2007, לעיל ה"ש 66, פס' 77.
- 77 Othon Anastasakis, Gilles Bertrand & Kalypso Nicolaïdis, *Getting to Yes: Suggestions for Embellishment of the Annan Plan for Cyprus* 4 (South East European Studies Programme (SEESP), European Studies Centre, St. Anthony's College, University of Oxford, February 2004).
- 78 METE HATAY, IS THE TURKISH "מלחמת המספרים" ראו: CYPRIOT POPULATION SHRINKING? (2007).
- 79 How Many Turkish Cypriots Remain in Cyprus, written evidence before the Select Committee of the House of Commons (22 Feb. 2005), www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmcaff/113/113we33.htm.
- 80 הערכתה של ממשלת תורכיה משנת 2003-2004 לגבי מספר המתנחלים בצפון קפריסין היא 31,000, ואילו הערכתה של מועצת אירופה משנת 2003 לגבי מספרם היא 115,000 (דוח לקסו, לעיל ה"ש 68, פס' 24-27 והנספח לדוח). המפקד שערכו שלטונות צפון קפריסין מנה 95,000 מהגרים מתורכיה ו-7,500 ממדינות אחרות: The Final Results of TRNC 2006 General Population and Housing Unit Census, Additional Tables, nufussayimi.devplan.org/Kesin-sonuc-index_en.html. על-סמך אותו מפקד, ממשלת קפריסין מעריכה את מספר

עד שנת 2004 הייתה החקיקה של צפון קפריסין נדיבה ביותר בנוגע לרכישת אזרחות במדינה. על-פי חוקיה של "המדינה הפדרטיבית התורכית של צפון קפריסין", קודמתה של צפון קפריסין, הוענקה זכות ההתאזרחות לתושבי-קבע המתגוררים בשטח לפחות שנה, למי שתרם או יכול לתרום תרומה חשובה לכלכלה, לחיי החברה או לחיי התרבות, ולמי שנתן שירותים לכוחות הביטחון. בעלי זכות מיוחדת לאזרחות היו אנשי כוחות הצבא התורכי אשר שירתו בקפריסין ובני משפחותיהם.⁸¹ ס' 67 לחוקתה של צפון קפריסין משנת 1985 קובע כי אזרחיה המקוריים של המדינה (דהיינו, האנשים הזכאים לאזרחות ללא כל הליך רכישת אזרחות) הם אזרחים מקוריים של קפריסין אשר התגוררו בצפון קפריסין בעת הכרזת העצמאות, וכן מי שהחזיקו באזרחות של "המדינה הפדרטיבית התורכית של צפון קפריסין". חוק משנת 1993 מעניק אזרחות מקורית של צפון קפריסין לילדיהם של בעלי אזרחות צפון-קפריסאית ולבני-זוגם, וזכויות התאזרחות נרחבות לאנשי צבא ומחתרת לשעבר.⁸² למן שנת 2004 הוטלו הגבלות על רכישת האזרחות בצפון קפריסין,⁸³ והענקות אזרחות המוניות, אשר היו ככל הנראה תופעה נפוצה קודם לכן, התמעטו.⁸⁴ על-פי החוק הקפריסאי, צאצאיהם של בעלי אזרחות קפריסאית זכאים לאזרחות קפריסאית.⁸⁵ לפיכך, מי שאחד מהוריו הוא מתנחל והאחר הוא קפריסאי-תורכי זכאי לאזרחות קפריסאית. אולם בפועל ממשלת קפריסין אינה מכירה באזרחות זו דרך שגרה.⁸⁶

(ג) עקרונות ההסדר הצפוי בקפריסין

כאמור לעיל, תוכנית אנאן נדחתה במשאל-העם בחלקו הדרומי של האי. עם זאת, היא מהווה אבן-פינה למשא-ומתן המתקיים כיום על הסדר עתידי באי, והיא גם חושפת את עמדתו של מוסד בין-לאומי מרכזי כלפי סוגיית המתנחלים.

המתנחלים כ-150,000 עד 160,000. Analysis of the "2006 Population Census" in the Occupied Area of Cyprus and Aide Memoire, produced by the Government of Cyprus PIO.

81 חקיקה משנת 1975 ומשנת 1981. ראו דוח לקסו, לעיל ה"ש 68, בעמ' 37-38. על ההשלכות המעשיות של החוק משנת 1975 ראו HATAY, לעיל ה"ש 71, בעמ' 11.

82 חוק 52/1993 מ-27 במאי 1993, ס' (1)4, 7, (B)8, (D)19, (E)19, (2)9.

83 דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2007, לעיל ה"ש 66, פס' 106.

84 יש סימנים לכך שהקשחת התנאים לקבלת אזרחות יצרה מתח ביחסי צפון קפריסין ותורכיה. Republic of Cyprus Press and Information Office, *Fifty thousand persons will reportedly be gradually made "citizens" of the "TRNC"*, TURKISH MASS MEDIA BULLETIN 18.12.2007, www.pio.gov.cy/moi/pio/pio.nsf/All/93E64B0FF93CE004C22573B5003.F5F17?OpenDocument.

85 חוק האזרחות של קפריסין מס' 43 משנת 1967, ס' 4.

86 US Human Rights Country Practice 2006 Report on Cyprus; דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2007, לעיל ה"ש 66, פס' 113.

תוכנית אנאן אינה נוקטת עמדה לגבי מעמדה של צפון קפריסין. זוהי תוצאה ברורה של הניסיון לְרצות הן את הקפריסאים-התורכים, הרואים באזור זה מדינה עצמאית, והן את הקפריסאים-היוונים, הרואים בו שטח כבוש. סעיף 12 של הסכם-היסוד שבתוכנית, שכותרתו "מעשים קודמים", מכריז על המשכיות משפטית בין המשטר הקיים בצפון קפריסין לבין קפריסין המאוחדת. אולם בהערה לסעיף 12 נקבע כי הסעיף לא יחול על אזרחות והגירה. במקום זה:

עניינים של אזרחות, הגירה ורכוש שהושפעו על-ידי אירועים שהתרחשו למן שנת 1963 מוסדרים באופן מלא על-ידי הסכם זה; לפיכך כל תוקף שהיה למעשים שנעשו בנוגע לעניינים אלה לפני כניסתו של הסכם זה לתוקף יסתיים, אלא אם כן המעשים עולים בקנה אחד עם ההוראות הרלוונטיות של הסכם זה.⁸⁷

על בסיס השבת המצב המשפטי לשנת 1963, תוכנית אנאן קובעת כי האזרחים המקוריים של קפריסין המאוחדת הם רק מי שהיו אזרחי קפריסין בשנת 1963 וצאצאיהם.⁸⁸ התוכנית קובעת גם הוראות בנוגע להתאזרחות של מי שהיו תושבי-קבע באותה עת.⁸⁹ מכיוון שרוב המתנחלים התורכים הגיעו לצפון האי במחצית השנייה של שנות השבעים של המאה העשרים ובתחילת שנות האלפיים, תוצאת התוכנית היא שהם אינם זכאים לאזרחות בקפריסין המאוחדת, ומשום כך קפריסין המאוחדת תהא רשאית לכאורה להרחיקם משטחה. מתוך התחשבות במצוקה הנובעת מהסדר כזה, הסכימה ממשלת קפריסין לכך שכל צד יהיה רשאי להתיר למכסה של עד 45,000 אנשים (שמאוחר יותר גדלה ל-50,000) להישאר בשטחו ולהתאזרח מייד עם איחוד האי. עדיפות בהכללה ברשימה תינתן על-פי משך התושבות, ובמיוחד למבוגרים שחיו בקפריסין מילדותם ולילדיהם.⁹⁰ אף שהסדר מנוסח באופן ניטרלי וסימטרי, מטרתו לענות על הצורך של הצד הקפריסאי-התורכי, שכן מספר המהגרים לדרום האי במהלך השנים לא היה רב.

87 תוכנית אנאן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 15, ה"ש 4.

88 Draft Federal Law on Citizenship of the United Cyprus Republic, Foundation Agreement, Annex III, Attachment IV.

89 Draft Federal Law on Citizenship, Art. 5; Article 3 of the Foundation Agreement; Art. 3 of the Draft act of Adaptation of the Terms of Accession of the United Cyprus Republic to the European Union.

90 Draft Federal Law on Citizenship of the United Cyprus Republic, Annex III, Attachment IV Art. 3 – "Christofias firm on settlers", aspects.no-ip.org/cyprus/0809/080904_news.htm.

העמדות חלוקות לגבי השלכותיה של תוכנית אנאן בהקשרם של המתנחלים. מחלוקת זו נובעת בחלקה מהפערים בהערכת מספרם של המתנחלים, ובחלקה מהבדלים בהבנת התוכנית – למשל, בנוגע לזכויותיהם של בני-זוג של קפריסאים-תורכים⁹¹ ושל אלפי סטודנטים ואנשי סגל אקדמי תורכים היושבים בצפון קפריסין. אי-הבהירות עולה כאשר עורכים השוואה בין הצהרתו של היועץ המשפטי של עוזרו המיוחד של מזכ"ל האו"ם לקפריסין, שלפיה "התוכנית אינה צופה שמישהו יחויב לעזוב",⁹² לבין הצהרתו של מזכ"ל האו"ם עצמו, שלפיה כמחצית המתנחלים יצטרכו לעזוב את האי.⁹³ ייתכן שהרחקת המתנחלים התורכים לא תהא דרמטית כפי שמצטייר מקריאה לקונית של תוכנית אנאן. זמן קצר לפני קיום משאל-העם העביר הצד הקפריסאי-התורכי למזכ"ל האו"ם רשימה שכללה רק 41,000 שמות (במקום 50,000).⁹⁴ אך אין ספק שהעיקרון הבסיסי בתוכנית הוא שעל המתנחלים לעזוב, אלא אם כן הם נהנים מזכות-יתר ספציפית על-פי התוכנית, המתירה להם להישאר בשטח.⁹⁵

Draft Federal Law on Citizenship of the United Cyprus Republic, Annex III, Attachment 91
 IV, art. 6. ראו גם את הצהרתו של היועץ המיוחד למזכ"ל האו"ם לענייני קפריסין אלוורו דה-
 סוטו: Joint meeting of the Foreign Affairs Committee and the Delegation of the
 European Parliamentary Committee with the Republic of Cyprus, Brussels, 14 April
 2004.

Didier Pfirter, Statement at a conference on "The Annan Plan: Myths and Realities," 92
 Bögaziçi University, Istanbul, 17 July 2003, quoted in Comments by the Government of
 Cyprus on the Report of the Secretary General on his Mission of Good Offices in Cyprus,
 para. 41 (S/2004/437 of 28 May 2004); UK House of Commons Foreign Affairs
 Committee, Cyprus – Second Report Volume II, oral and written evidence HC113-II,
 incorporating HC1172 i–iv, Session 2003–04, p. 85 (22 Feb. 2005).

U.N. Secretary-General, Report of the Secretary-General on his Mission of Good Offices in 93
 Cyprus, ¶ 60, U.N. Doc. S/2004/437 (May 28, 2004).

יש הטוענים שהדבר מעיד כי מספר המתנחלים אינו רב כפי שנטען. הסבר אחר הוא שהרשימה 94
 נערכה על-פי הפרשנות הקפריסאית-התורכית, שלפיה מתנחלים רבים זכאים לאזרחות ממילא,
 בהיותם צאצאים או בני-זוג של קפריסאים-תורכים, ולפיכך אין צורך להכלילם ברשימה.
 ריאיון עם ד"ר קודרט אוזרסי (Kudret Özersay), יועץ למשלחת הקפריסאית-התורכית
 (27.11.2008).

לדברי משרד החוץ הקפריסאי, על-פי תוכנית אנאן, 111,000 זכאים לאזרחות או לתושבות 95
 בקפריסין המאוחדת (דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2005, לעיל ה"ש 69,
 פס' 59). בית-הנבחרים הבריטי הגיע למסקנה שאלפי מתנחלים תורכים יצטרכו לעזוב את
 השטח, והוועדה הפרלמנטרית לענייני חוץ ציינה שכ-42,000 מתנחלים שאינם נשואים
 לקפריסאים-תורכים יצטרכו לעזוב. דוח הוועדה הפרלמנטרית הבריטית לענייני חוץ 2007,
 לעיל ה"ש 66, פס' 105.

2. המדינות הבלטיות

(א) הסכוך

בשנת 1939 חתמה ברית-המועצות בחשאי עם גרמניה על הסכם מולוטוב-ריבנטרופ לחלוקה עתידית של אירופה לאזורי השפעה.⁹⁶ ביוני 1940, בעקבות הסכם זה, הציבה ברית-המועצות אולטימטום לשלוש המדינות הבלטיות – אסטוניה, לטביה וליטא – בדרישה שהן תאיישנה ותבננה מחדש את ממשלותיהן תחת פיקוח סובייטי. שלוש המדינות נכנעו לתכתיב. ממשלות-הבובות שהוקמו בהן ארגנו בחירות, ולאחר-מכן פנו בתי-המחוקקים הנבחרים אל הסובייט העליון בבקשה להסתפח לברית-המועצות. באוגוסט 1940 סיפחה ברית-המועצות את שלוש המדינות והפכה אותן לרפובליקות שלה.⁹⁷ הסיפוח לא עורר מחאה קולנית בקהילה הבינ-לאומית, לנוכח תלותן של מדינות המערב באותה עת – בעיצומה של מלחמת-העולם השנייה – בשיתוף-פעולה סובייטי נגד מדינות הציר. עם זאת, היו מדינות שסירבו לחלוטין להכיר בסיפוח, מכיוון שהוא התבסס על איום בשימוש בכוח. אחרות הכירו בסיפוח למעשה, בעוד שאחרות הכירו בו גם להלכה.⁹⁸ מדינות רבות נמנעו מלנקוט כל עמדה שהיא.

אחד השלבים הראשונים בפירוקה של ברית-המועצות בתחילת שנות התשעים היה כאשר שלוש המדינות הבלטיות הכריזו כי הן שבות להיות עצמאיות. בשנת 1991 התקבלו שלוש המדינות לאו"ם. מרכיב חשוב במדיניותן של המדינות הבלטיות היה עמדתן המשפטית שלפיה הן השתחררו מחמישים שנות כיבוש סובייטי בלתי-חוקי.⁹⁹ עמדה זו התקבלה באופן כללי על-ידי הקהילה הבינ-לאומית.

Treaty of Non-Aggression between Germany and the Union of Soviet Socialist Republics, 96 Aug. 23, 1939, and Secret Supplementary Protocol (USSR-Germany) (signed 23 August 1939, amended 28 September 1939), reproduced in THE PACT MOLOTOV-RIBBENTROP AND ITS CONSEQUENCES FOR Bessarabia document 6 (I. Shishcanu & V. Varatec eds., 1991).

Boris Meissner, *The Occupation of the Baltic States from a .1940 באוגוסט* 3, 5 וב-6 באוגוסט 1940. 97 *Present-Day Perspective*, in THE BALTIC STATES AT HISTORICAL CROSSROADS 480 (Talaz Jundzis ed., 1998).

William J.H. Hough III, *The Annexation of the Baltic*: 98 *Lסקירת העמדות השונות ראו: States and Its Effect on the Development of Law Prohibiting Forcible Seizure of Territory*, 6 N.Y. L. SCH. J. INT'L & COMP. L. 303 (1985); STATE SUCCESSION: CODIFICATION TESTED AGAINST THE FACTS 52 (Michel Eisemann & Martti Koskeniemi eds., 2000); LAURI MÄLKSOO, ILLEGAL ANNEXATION AND STATE CONTINUITY: THE CASE OF THE INCORPORATION OF THE BALTIC STATES BY THE USSR 122 (2003); Rytis Satkauskas, *The Practice of France with Respect to the Baltic States*, 1 BALTIC Y.B. INT'L L. 111, 113 (2001).

Latvian SSR, Supreme Council, Declaration on the Restoration of 99 *ראו, לדוגמה: Independence of the Republic of Latvia* (4 May 1990); Act on the Re-establishment of

(ב) ההתנחלות הרוסית במדינות הבלטיות

משנות הארבעים נקטה ברית-המועצות מדיניות של רוסיפיקציה של המדינות הבלטיות, על-מנת לעגן את שליטתה בהן.¹⁰⁰ מדיניות זו בלטה בעיקר באסטוניה ובלטביה. שני גלים עיקריים של העברת אוכלוסייה התרחשו בין 1945 ל-1950 ובין 1961 ל-1970.¹⁰¹ רוסים רבים התפתו לעבור בגלל תנאי המחיה הטובים יותר באזור ובגלל האירופיות שעימה זוהה האזור הבלטי. אחרים הגיעו לשטח במסגרת שירותם בצבא הסובייטי, ונשארו בו גם לאחר פרישתם. כתוצאה מההגירה המסיבית (וכן בעקבות כמה גלי גירוש המוני של תושבים בלטים למזרח ברית-המועצות) היה המיעוט הרוסי באסטוניה ובלטביה בסוף שנות השמונים של המאה העשרים גדול יותר, באופן יחסי לאוכלוסייתה של המדינה כולה, מכל מיעוט אחר באירופה. באסטוניה היה חלקם של הרוסים כמעט 40%, ואילו בלטביה הוא היה קרוב ל-50%.¹⁰² כל תושבי המדינות הבלטיות נחשבו אזרחים סובייטים.

(ג) הסדרי-המעבר עם השיבה לעצמאות

במסגרת תפיסת מצבן כשיבה לעצמאות לאחר כיבוש (להבדיל מרכישת עצמאות לראשונה), השיבו כל שלוש המדינות הבלטיות על כנם את חוקי האזרחות שהיו בתוקף עד 1940. כתוצאה מכך הוקנתה אזרחות מקורית של המדינות המחדשות רק לאזרחיהן מלפני 1940 ולצאצאיהם.¹⁰³ מעמדם של המתנחלים הרוסים היה הסוגיה הבוערת ביותר בשיח

the State of Lithuania (11 March 1990); Resolution on the National Independence of Estonia (20 August 1991); Law on the Statehood of the Republic of Latvia (21 Aug. 1991).

100 בעיקר באמצעות העברת רוסים ואוקראינים לשטחן. בדיון להלן אתייחס אליהם כאל רוסים הן מטעמי קיצור והן מכיוון שהקשר עם רוסיה הוא שהיה הדומיננטי בהסדרת מעמדם. לעניין מדיניות זו ראו MÄLKSOO, לעיל ה"ש 98, בעמ' 211–216.

101 Estonia CERD/C/329/Add.2, para. 41 (5 July 1999).
102 Report on the Application by Latvia for Membership of the Council of Europe, EUR. PARL. ASS., Doc. No. 7169, annex VII (1994); James Hughes, 'Exit' in *Deeply Divided Societies: Regimes of Discrimination in Estonia and Latvia and the Potential for Russophone Migration*, 43 J. COMMON MARK. STUD. 739, 743–744 (2005); Estonia CERD/C/329/Add.2, para. 38 (5 July 1999).

103 לגבי אסטוניה ראו: "On Implementation of Citizenship Act" (RT 1992, 7, 109). לגבי לטביה ראו החלטת המועצה העליונה של הרפובליקה הסובייטית הסוציאליסטית של לטביה מיום 15 באוקטובר 1991 בדבר חידוש הזכויות ועקרונות-היסוד של ההתאזרחות של אזרחי הרפובליקה של לטביה. ההחלטה הכריזה על בטלותו של "הצו הסובייטי בנוגע לאופן שבו אזרחי הרפובליקות הסובייטיות הסוציאליסטיות של ליטא, לטביה ואסטוניה מקבלים אזרחות סובייטית", מיום 7 בספטמבר 1940, והשיבה על כנן את זכויותיהם של האזרחים הלטבים. על-פי ההחלטה, אזרחות לטבית מוקנית רק למי שהיו אזרחים ב-17 ביוני 1940 ולצאצאיהם, וכן למי שהיו

הפוליטי, במיוחד באסטוניה ובלטביה. תנועות העצמאות טענו כי ההגירה המסיבית הפרה את האיסור הבין-לאומי להעביר אוכלוסייה אזרחית לשטח כבוש. מוסדות-המעבר של שתי המדינות ראו במתנחלים הרוסים "כובשים קולוניאליים במקרה הרע, ומהגרים במקרה הטוב",¹⁰⁴ ובשתי המדינות התפתחה מדיניות שהיה בה מרכיב של נקמה במתנחלים. היו קריאות ל"התקפת-נגד כלפי הקולוניאליסטים" ולהרתעת המתנחלים מהישארות בשטח.¹⁰⁵ מתנחלים מהתקופה שאחרי 1940 היו רשאים להתאזרח, ובלבד שעמדו בדרישות של חוקי ההתאזרחות, אשר בלטביה ובאסטוניה היו מחמירות ביותר, וכללו שהייה של יותר מעשור במדינה, שליטה גבוהה בשפה ותשלום אגרה גבוהה.¹⁰⁶ בסופו של דבר, בעקבות לחץ בין-לאומי, הייתה ידם של הכוחות המתונים שקראו למדיניות ליברלית על העליונה,¹⁰⁷ והתגבשה הסכמה על כך שגירוש אוכלוסיית המתנחלים אינו אפשרות מציאותית.¹⁰⁸ בעקבות זאת התמקד הדיון בשאלה אם יש להעניק למתנחלים אזרחות ובאלו תנאים.

בליטא, שבה הייתה אוכלוסיית המתנחלים קטנה יחסית (12%), אפשרו דיני ההתאזרחות תהליך התאזרחות מהיר ופשוט, כך שבשנת 2000 כבר החזיקו 99% מתושבי המדינה באזרחות ליטאית. באסטוניה ובלטביה היה ההליך איטי ומסורבל יותר, עקב התנגדות רבה יותר לשיתופה של אוכלוסיית המתנחלים בחיי המדינה. השלטונות ניסו לשלול מתושבי-קבע נטולי אזרחות – רובם ככולם מתנחלים ממוצא רוסי – זכויות אזרחיות ופוליטיות שונות. המוסדות האירופיים התנגדו נחרצות להסדר כזה, ותבעו משתי המדינות לא רק לאפשר התאזרחות של המתנחלים, אלא גם לצמצם באופן כללי את ההבדלים בין אזרחים לבין תושבי-קבע. הנציב העליון למיעוטים לאומיים של הארגון לביטחון ולשיתוף-פעולה באירופה דחק באסטוניה ובלטביה להציע לאוכלוסייה הרוסית הזדמנות אמיתית להשתלב במדינה – הן באופן פורמלי, על-ידי רכישת אזרחות, והן באופן מהותי, על-ידי אמצעים להטמעה תרבותית וחינוכית, ובמיוחד רכישת השפה המקומית.¹⁰⁹ זאת, על-מנת

-
- תושבי-קבע בלטביה באותו מועד. ראו: INETA ZIEMELE, STATE CONTINUITY AND NATIONALITY: THE BALTIC STATES AND RUSSIA 155 (2005).
- 104 HELSINKI WATCH, NEW CITIZENSHIP LAWS IN THE REPUBLICS OF THE FORMER USSR 1–2 (1992), מצוטט על-ידי HENCKAERTS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 93.
- 105 Peet Kask, *National Radicalization in Estonia*; 748, בעמ' 102, Hughes, לעיל ה"ש 102, בעמ' 379, 387 *NATIONALITIES PAPERS* 22, *Legislation on Citizenship and Related Issues*, 22 (1994).
- 106 ZIEMELE, לעיל ה"ש 103, בעמ' 143–174.
- 107 Helen M. Morris, *EU Enlargement and Latvian Citizenship Policy*, 1/2003 *J. ETHNOPOLITICS & MINORITY ISSUES IN EUROPE* 3, 3–4 (2003).
- 108 Hughes, לעיל ה"ש 102, בעמ' 747, MÄLKSOO; לעיל ה"ש 98, בעמ' 223–224.
- 109 מכתב מהנציב העליון למיעוטים לאומיים אל שרי החוץ של אסטוניה ולטביה: ref No. 206/93/L, dated 6 April 1993, CSCE Secretariat, CSCE Communication No. 124, 23 April 1993, p. 3. ראו גם את המלצותיו של הנציב העליון למיעוטים לאומיים בנוגע להצעת חוק האזרחות הלטבית: CSCE Communication No. 8, p. 3 (Vienna, 31 January 1994).

שהמיעוט הרוסי יאמץ את הזהות האסטונית או הלטבית במקום לנסות לשנותה או למנוע את התגבשותה.¹¹⁰ במסגרת זו יושמו בכל אחת מהמדינות תוכניות ממשלתיות להתערות חברתית ותרבותית של האזרחים הלא-בלטים.¹¹¹ שיעור האזרחים מבין כלל התושבים באסטוניה ובלטביה עומד כיום על קצת יותר מ-12.80%¹¹².

ג. היבטים השוואתיים

על-אף הדמיון בסוג הטענות שהושמעו במדינות הבלטיות ובקפריסין נגד מתן האפשרות למתנחלים להישאר בשטח, ההסדרים שהושגו במדינות הבלטיות וההסדר המתהווה בקפריסין שונים מאוד זה מזה. במדינות הבלטיות הורשו המתנחלים בסופו של דבר להישאר ואף להתאזרח, מכיוון שזכות זו נתפסה כנובעת מיישום המשפט הבין-לאומי בנסיבותיהם. בקפריסין, לעומת זאת, ההסדר צופה פני פניו, למעט ביחס לקבוצה שתיהנה מזכות להישאר ולהתאזרח לפני משורת הדין הכללי.

יש מקום לטענה כי ההבדל בין המקרים אינו משפטי, כי אם פוליטי. בשנת 1991 לא רצתה הקהילה הבין-לאומית (המיוצגת בעיקר על-ידי מדינות מערב אירופה) לעורר את חמתה של רוסיה, אשר החזיקה עדיין בכוח פוליטי וצבאי רב. נוסף על כך, האופוריה של התמוטטות הגוש המזרחי הקשתה את הפגיעה באנשים פרטיים בגין מעשיה של האימפריה המפורקת, כאשר כבר לא הייתה כתובת ברורה להפנות אליה אצבע מאשימה ולדרוש ממנה לשאת באחריות. לכן הייתה נכונות לכך שהמתנחלים הרוסים יישארו במקומם. לעומת זאת, כאשר מדובר בקפריסין, אותה קהילה בין-לאומית מפגינה נכונות רבה יותר להתייצב לצד המשטר החדש. הדבר אינו מפתיע לנוכח העובדה שהמדינות המובילות את הנסיונות ליישב את הסכסוך התייצבו מלכתחילה לצד קפריסין, אשר מאז כבר הצטרפה לאיחוד האירופי. תורכיה, לעומת זאת, אינה חלק מ"המועדון". ייתכן שהחשש שנוכחות תורכית בקפריסין תהווה צעד לקראת איסלאמיזציה של אירופה מהווה גם הוא שיקול מדיני.

110 מכתב מהנציב העליון למיעוטים לאומיים אל שרי החוץ של אסטוניה ולטביה, שם.
 111 לדיון בהיר ותמציתי בנוגע למדיניותה של אסטוניה ראו: Vello Pettai & Klara Hallik, *Understanding Processes of Ethnic Control: Segmentation, Dependency and Co-optation in Post-Communist Estonia*, 8 NATIONS AND NATIONALISM 505, 520 (2002).
 112 באסטוניה, בשנת 2006, החזיקו 82% מתושבי המדינה באזרחותה. ראו את הערות-הסיכום של הוועדה לביעור הפליה גזעית בנוגע לאסטוניה: CERD, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 of the Convention Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Estonia, ¶ 15, CERD/C/EST/CO/7 (Dec. 19, 2006). בלטביה הושג שיעור זה בשנת 2007. נתוני רשות האזרחות וההגירה, 1 בינואר 2008: Latvia Ministry of Foreign Affairs, www.am.gov.lv/en/policy/4641/4642/4651/.

הסבר ציני פחות להבדל בין המקרים הוא שאף-על-פי שהקהילה הבינ-לאומית קיבלה את טענתן של המדינות הבלטיות כי יש לראותן כמדינות שהשתחררו מכיבוש של חמישים שנה, ולא כמדינות חדשות, בפועל הנכונות להחזיר את המצב לקדמותו הייתה קטנה מכיוון שבמחצית השנייה של המאה העשרים השלימה הקהילה הבינ-לאומית, פחות או יותר, עם הסיפוח. לעומת זאת, אי-החוקיות של צפון קפריסין אינה יורדת מסדר-היום הבינ-לאומי, ומטופלת באופן עקבי ורצוף בכלים משפטיים,¹¹³ לרבות בבית-הדין האירופי לזכויות אדם, אשר החלטותיו מחייבות את כל הצדדים לסכסוך.¹¹⁴ בנסיבות אלה יש ציפייה לכך שההסדר לאיחוד האי ישקף את העמדה המקובלת בעניין אי-החוקיות של המשטר שכוון בעקבות הפלישה התורכית.

כמו במדינות הבלטיות ובצפון קפריסין, גם המתנחלים הישראלים הגיעו לשטח ביוזמתה ובעידודה של המדינה הכובשת, על-מנת לחזק את אחיזתה בשטח. חלק מהנסיבות הפוליטיות הסובבות את ההתנחלות הישראלית – ואת הדרישה לפינויה – מזכירות במיוחד את ההתנחלות התורכית בצפון קפריסין. בשני המקרים מדובר במדיניות שבמהלך כל השנים גונתה בעקביות על-ידי הקהילה הבינ-לאומית כבלתי-חוקית,¹¹⁵ ואשר אף נתונה במשטר אכיפה משפטי, גם אם מוגבל.¹¹⁶ בשני המקרים הסכסוך צפוי להיות מיושב בהסכם, אשר הסדרת מעמדם של המתנחלים היא מרכיב הכרחי בהשגתו. לעומת זאת, במדינות הבלטיות הגיע הסכסוך הטריטוריאלי לסיומו בפעולה חד-צדדית של המדינות הבלטיות, אשר הכריזו על עצמאותן. ברית-המועצות ניסתה למנוע את התהליך, אך נכשלה. בסופו של דבר, לנוכח התפרקותה של ברית-המועצות, שאלת מעמדם של המתנחלים נותרה לפתחן של המדינות הבלטיות לבדן. אין ספק שהמסגרת הפוליטית והמשפטית שבה מוסדר מעמדם של המתנחלים לאחר השינוי – בהסדרים משפטיים פנים-מדינתיים של הריבונות החדשה בלבד או בהסכם בין-לאומי – עשויה להשפיע באופן מכריע על הזכויות שתעמודנה למתנחלים, היקפן ואופיין.

מעבר לשיקולי המדיניות הבינ-לאומית, המקרים נבדלים גם ביישום העקרונות המשפטיים בנסיבות הספציפיות. אף שהנוסחה אחת היא – המשטר החדש רשאי להרחיק

113 ראו לעיל ה"ש 61. ראו גם המלצה 1197 (1992) של הפרלמנט האירופי בנוגע למבנה הדמוגרפי של הקהילות הקפריסאיות, 7.10.1992.

114 Loizidou v. Turkey, 1996-VI Eur. Ct. H.R. 2216; Cyprus v. Turkey, 2001-IV Eur. Ct. H.R. 1.

115 ראו, לדוגמה, את החלטתו מועצת הביטחון: S.C. Res. 446, U.N. SCOR 34th Sess., 2134th mtg. U.N. Doc. S/INF/35 (1979) G.A. Res. 62/108, U.N. GAOR, 62nd Sess., U.N. Doc. A/RES/62/108 (2007).

116 מצרים מההתנחלויות אינם נהנים מהטבות בסחר עם האיחוד האירופי: European Commission, Notice to Imports, Imports from Israel into the Community, 2005 O.J Advocate General's Opinion in Case C-386/08 Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen (26 Oct. 2009).

מתנחלים אלא אם כן יהווה הדבר הפרה של זכויות האדם שלהם, ובמיוחד של הזכות לחיים פרטיים – האיזון בין האינטרס של המשטר החדש לבין זכויות הפרט שונה בין המקרים. עיקר ההבדל, כך נראה, הוא בתפיסה של מידת הפגיעה הצפויה במתנחלים אם יורחקו, וקיומה של חלופה לגירוש.

1. טעמים להרחקת מתנחלים

נקודת המוצא היא שעל המדינה המבקשת לגרש אנשים להרים את נטל ההוכחה להתקיימות טעמים מיוחדים המצדיקים פגיעה בזכות לחיים פרטיים. הדיון שלהלן מתמקד בִּטְיֵעוֹנִים אשר נובעים במישרין מהעובדה שהמגורשים הפוטנציאליים הם מתנחלים שהתגוררו בשטח כבוש.

(א) הזכות להגדרה עצמית והחשש מפני התערבותה של המעצמה הכובשת לשעבר

אחד החששות האופייניים למשטרים חדשים לאחר כיבוש הוא שאוכלוסיית המתנחלים תנציח את אופיו של המשטר הכובש גם תחת המשטר החדש.¹¹⁷ חשש זה נובע במישרין מכך שמטרת ההתנחלות הייתה מלכתחילה לשנות את אופיו הפוליטי והחברתי של השטח ולעצב את זהותו, על-מנת לעגן את אחיזתה של המעצמה הכובשת. במילים אחרות, מדובר במאבק על מימוש זכותה של המדינה להגדרה עצמית. לשיקולים הנוגעים בזכות להגדרה עצמית יש משקל רב, שכן זכות זו נחשבת קוגנטית בעיני רבים.¹¹⁸

בקפריסין גובר החשש שהתת-מדינה הקפריסאית-התורכית תיהפך למעשה למחוז של תורכיה,¹¹⁹ לנוכח חלקם הגדול של המתנחלים התורכים בין בעלי זכות הבחירה בשטח אשר יהווה על-פי תוכנית אנאן את היחידה התת-מדינתית הקפריסאית-התורכית של קפריסין המאוחדת. במצב זה המתנחלים או נציגיהם עתידים להיות שותפים לממשל הפדרלי.¹²⁰ נוסף על כך קיים חשש מפני השפעה מניפולטיבית של תורכיה על המתנחלים. הללו חשים מחויבים לתורכיה בעקבות ההזדמנות שזו נתנה להם להגר ולשפר את רמת

Lowell W. Barrington, *The Making of Citizenship Policy in the Baltic States*, 13 GEO. IMMIGR. L.J. 159, 188–190 (1999)

117 East Timor (Portugal v. Australia), 1995 I.C.J. 90, at 102 ¶ 29 (June 30); הוועדה למשפט בין-לאומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 113 (פרשנות לס' 40, פס' 5).

119 Loukis G. Loucaides, *Expulsion*; 75 Doob, לעיל ה"ש 227, בעמ' 64, לעיל ה"ש 75; PALLEY, *of Settlers from Occupied Territories: The Case of Turkish Settlers in Cyprus*, in ESSAYS ON THE DEVELOPING LAW OF HUMAN RIGHTS 108, 129 (1995).

120 Observations made by the Ministry of Foreign Affairs of Cyprus, annexed to European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Third Report on Cyprus (adopted 16 Dec. 2005), p. 42, fn. 43.

חיים, ולפיכך הם נוחים במיוחד לקבל הנחיות מתורכיה, במיוחד בעת בחירות.¹²¹ בעיני קפריסין, החשש להתערבות גדול במיוחד לנוכח העובדה שלתורכיה יש מעמד מיוחד ביחס לקפריסין, המעוגן באמנת הערבות – לא רק כמדינת המוצא של פזורה, אלא כמדינה שערבה לשלום ולביטחון של קפריסין.¹²² חשש דומה הובע במדינות הבלטיות ביחס לאפשרות שרוסיה תנצל את נוכחות הפזורה הרוסית כדי להפעיל לחץ עליהן.¹²³ חשש זה כבר הוכח כמוצדק כאשר רוסיה קשרה את הסגת כוחותיה מהמדינות הבלטיות בהגנת פזורתה בהן. בשנת 1993 אף הכריזה רוסיה כי במסגרת מדיניותה הצבאית היא שומרת לעצמה את הזכות להשתמש בכוח צבאי אם תיפגענה זכויותיהם של אזרחים רוסים במדינות זרות.¹²⁴

אם יהיו מתנחלים שיבחרו להישאר בשטח תחת ריבונות פלסטינית, ספק רב אם יהיה בכונתם להיטמע או להשתלב באוכלוסיית הרוב בכל שלב שהוא בעתיד. מסיבה זו קשה לטעון כי נוכחות הישראלים כשלעצמה מאיימת על אופייה הלאומי והחברתי של המדינה הפלסטינית. אפילו כיום חלקם של המתנחלים באוכלוסיית הגדה המערבית הוא פחות מ-10%,¹²⁵ והוא יהיה אפסי כמעט אם רובם יחזרו לשטח ישראל. חשוב מכך, מיעוט המתנחלים יכול להשפיע על אופייה של המדינה רק אם הוא יהיה מעוניין – ויצליח – להיות מעורה בצורה משמעותית בקהילה המדינית. בהעדר התערות כזו, נוכחותם של המתנחלים בוודאי לא תערער את אופייה של אותה מדינה. עם זאת, היא עלולה עדיין לערער את יציבותה של המדינה הפלסטינית מטעמים הקשורים למתח האידיאולוגי ולמשקעים ההיסטוריים בין שתי הקהילות.

דווקא חוסר הרצון של המתנחלים הישראלים להתערות יכול להביא לידי כך שהישארותם בשטח תהיה כרוכה בהמשך זיקה פורמלית לישראל. זיקה זו מעוררת חשש

121 דוח קוקו, לעיל ה"ש 67, פס' 93.

122 ראו אמנת הערבות, לעיל ה"ש 58, ס' II : "Greece, Turkey, and the United Kingdom, taking note of the undertakings of the Republic of Cyprus set out in Article I of the present Treaty, recognise and guarantee the independence, territorial integrity, and security of the Republic of Cyprus, and also the state of affairs established by the Basic Annan Plan, Part C, Treaty on Matters Related to Articles of its Constitution". ראו גם: the New State of Affairs in Cyprus, Annex III: Additional Protocol to the Treaty of Guarantee art. 2.

123 Svetlana Diatchkova, *Ethnic Democracy in Latvia*, in THE FATE OF ETHNIC DEMOCRACY IN POST-COMMUNIST EUROPE 81, 104 (Sammy Smootha & Priit Järve eds., 2005).

124 Česlovas Stankevicius, *Enhancing Security of Lithuania and Other Baltic States in 1992-94 and Future Guidelines* ch. 6, ¶ 57-60 (1996), www.nato.int/acad/fellow/94-96/stankevi/home.htm; Andris Spruds, *Minority Issues in the Baltic States in the Context of the NATO Enlargement* 22-27 (2001), www.nato.int/acad/fellow/99-01/spruds.pdf

125 על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בסוף 2007 היו ביהודה ושומרון 276,100 תושבים. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי 59, 108 (2008).

שנוכחותם של המתנחלים הישראלים תהווה פתח לישראל להתערב במדינה הפלסטינית, בין באמצעים פוליטיים ובין באמצעים צבאיים. כוחו של חשש זה מפני התערבות ישראלית בענייניה של המדינה הפלסטינית כהצדקה לגירושם של המתנחלים תלוי בהסדרים הספציפיים שיושגו לקראת הקמת המדינה הפלסטינית ובתחזית בכל הנוגע ביישומם. ייתכן שמלכתחילה תתנה ישראל את הסכמתה להסדר בהותרת סמכויות מסוימות בידיה לגבי ישראלים החיים במדינה הפלסטינית. למשל, כבר בהסכם הביניים בין ישראל לאש"ף בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה משנת 1995 יש הוראות מפורטות בדבר חלוקת הסמכויות המשטריות והשיפוטיות בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית, המוציאות ישראלים מסמכותה של הרשות על בסיס פרסונלי (ולא טריטוריאלי), למעט במקרים שבהם אותם ישראלים התקשרו באופן וולונטרי במערכות יחסים משפטיות שבסמכותה של הרשות.¹²⁶ אומנם, הסכם-ביניים כשמו כן הוא – הוא נועד לתקופת-ביניים, ואין הוא הסדר-קבע בין מדינות ריבוניות. כמו-כן, הוצאת הישראלים מסמכותה של הרשות הפלסטינית נובעת מכך שהסכם בכללותו אינו חל על הישראלים ועל ההתנחלויות. דהיינו, חלוקתן של סמכויות אלה אינה מעידה בהכרח על מדיניותה של ישראל לטווח הארוך, ובמיוחד לא על מדיניות עתידית שתהיה משולבת בהכרה ישראלית בריבונותה של מדינה פלסטינית, על הסמכויות הטריטוריאליים הנובעות ממנה. אך ספק אם הטעם שבבסיסם של הסדרים אלה, דהיינו חוסר האמון בכך שהרשות הפלסטינית תטפל בישראלים באופן הוגן ובטוח, ישתנה עם הקמת מדינה פלסטינית. לכן אין להוציא מכלל אפשרות שגם בהסדר לקראת מדינה פלסטינית, אשר תהיינה לה סמכויות נרחבות בהרבה מאלה שיש לרשות הפלסטינית על-פי הסכם-הביניים, תדרוש ישראל מנגנונים מיוחדים להגנה על אזרחיה. אם הסדר כזה יחרוג מההגנה האישית המקובלת על אזרחי המדינה מחוץ לשטחה (כגון הזכות לייצוג קונסולרי), ויקנה לישראל זכויות ביחס למיעוט הישראלי כקבוצה, הוא עלול להיות פתח להתערבות ישראלית באופן ניהולה של המדינה הפלסטינית.

(ב) ביטחון לאומי – גיס חמישי

טיעון אחר לגירוש מתנחלים נוגע בביטחון הלאומי, והוא החשש כי בעת סכסוך עם מדינת מוצאם, יפעלו המתנחלים כ"גיס חמישי". בתורכיה יש חובת גיוס לגברים,¹²⁷ ורבים מהמתנחלים הם אנשי מילואים מאומנים.¹²⁸ לכן הקפריסאים-היוונים חוששים שגם אם

126 הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1 (נחתם ב-28.9.1995) (נספח IV, פרוטוקול בנושא עניינים משפטיים, ס' III(2) – סמכויות שיפוט אזרחיות).

127 רוב אנשי הצבא שהתיישבו בצפון קפריסין לאחר שחרורם עזבו אותה בשנות השמונים של המאה העשרים.

128 לדברי ממשלת קפריסין, יותר ממחציתם. PALLEY, לעיל ה"ש 64.

קפריסין המאוחדת תהיה מפורזת, כפי שצופה תוכנית אנאן,¹²⁹ לתורכיה יהיה צבא-
בהמתנה.¹³⁰ גם במדינות הבלטיות הביא חשש זה לידי כך שאנשי צבא לא הורשו להשתקע
במדינות לאחר שיבתן לעצמאות.¹³¹ גם לגבי המתנחלים הישראלים עשויה לעלות הטענה
כי לחלק גדול מהם (לפחות מהגברים) יש הכשרה צבאית, וכי במקרה של התערבות צבאית
ישראלית הם יפעלו נגד המדינה הפלסטינית.

חששה של מדינה מפני כוחות צבא זרים בשטחה נחשב לגיטימי.¹³² השאלה היא עד
כמה ניתן להרחיק לכת בטיעון זה ביחס למי שאינו בשירות צבא פעיל, מבלי שהדבר ייחשב
התערבות מופרזת בחייו הפרטיים. על-פירוב, הכשרה צבאית קודמת אינה יוצרת חזקה
שארם מהווה סכנה, ונראה כי דרישה לעזיבה של כל המתנחלים על בסיס זה אינה עומדת
בדרישות הצורך החברתי הרחוף והמידתיות. כאשר העניין עלה בלטיביה, קבע בית-הדין
האירופי כי אין מניעה לגרש אנשי צבא, אך אסור לגרש את בני משפחותיהם המבקשים
להישאר במדינה.¹³³ בית-הדין לא התייחס במישורין למעמדם של אנשי צבא לשעבר או של
אנשי מילואים.

בניגוד למתנחלים התורכים, היכולת הצבאית של המתנחלים הישראלים אינה פורמלית
בלבד, הן לנוכח שירות המילואים הפעיל והן לנוכח העובדה שחיי השגרה של ההתנחלויות
מתנהלים תחת מנגנון ביטחון שוטף שהמתנחלים שותפים בו.¹³⁴ ככל שהבחנה בין
האזרחים לצבא מתעמעמת, ההתייחסות לאזרחים כאל אנשי צבא פוטנציאליים, אשר לא
התקבלה בבית-הדין האירופי, נעשית מוצדקת יותר.

(ג) הגנה על זכויות של אחרים – רכוש

במקרים רבים של התנחלות, המעצמה הכובשת מעניקה למתנחלים תמריצים להשתקעות
בשטח, לעיתים על-חשבון תושבי המקום המקוריים. לנוכח זאת, אחד הטעמים לדרישה
להרחיק מתנחלים הוא אי-הרצון להמשיך לחלוק עימם את המשאבים המוגבלים. בצפון
קפריסין, למשל, קיבלו המתנחלים התורכים, במסגרת מגוון של הסדרים חקיקתיים ואחרים,

129 תוכנית אנאן, לעיל ה"ש 65, ס' 8 להסכם-היסוד.

130 Observations made by the Ministry of Foreign Affairs of Cyprus, annexed to European
Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Third Report on Cyprus (adopted
16 Dec. 2005), p. 43, fn. 44

131 Priit Järve, *Re-Independent Estonia*, in THE FATE OF ETHNIC DEMOCRACY IN POST-
COMMUNIST EUROPE 61, 65–66 (Sammy Smooha & Priit Järve eds., 2005)

132 Slivenko v. Latvia, 2003-X Eur. Ct. H.R. (Application No. 48321/99, Judgment of 9
Oct. 2003) (להלן: פרשת *Slivenko*); מכתב מהנציב העליון למיעוטים לאומיים אל שרי החוץ
של אסטוניה ולטיביה, לעיל ה"ש 109.

133 פרשת *Slivenko*, שם.

134 עמוס הראל "צה"ל בשירות המתנחלים" הארץ 26.9.2003.

זכויות במקרקעין של קפריסאים-יוונים אשר ברחו לדרום. אחת הסיבות העיקריות לדחיית תוכנית אנאן על-ידי הקפריסאים-היוונים הייתה החשש שאם המתנחלים התורכים יישארו בשטח, הבעלים הקפריסאים-היוונים של רכוש אשר מצוי בידי המתנחלים לא יוכלו לעולם לקבלו בחזרה.¹³⁵ על-פי תוכנית אנאן יש הפרדה פורמלית בין רכוש לבין תושבות ואזרחות. אולם בפועל הסוגיות כרוכות זו בזו: הרחקת המתנחלים לא תגרע בהכרח מזכויותיהם במקרקעין, אך הישארותם בשטח בוודאי תחמיר את פוטנציאל המחלוקות בין בעלים מקוריים לבין מחזיקים נוכחיים. גם במדינות הבלטיות נגזל רכוש מהתושבים, בעיקר עקב הלאמה, אך לאו דווקא לטובת מתנחלים. מכל מקום, בשני המקרים המחלוקת אינה רק על רכוש פרטי שניתן לזהות את בעליו ואת מחזיקו, אלא גם על חלוקת משאבים חומריים וכלכליים של כלל הציבור.

התיישבותם של המתנחלים הישראלים בגדה המערבית כרוכה בפגיעה הן ברכושם של תושבים מקומיים מסוימים והן בחלוקה ההוגנת של משאבי-הטבע. על-פי הארץ, מסד נתונים של משרד הביטחון מעיד כי יותר משלושים התנחלויות השתלטו על קרקעות פרטיות תוך הסגת גבול.¹³⁶ על-פי "שלום עכשיו", כ-32% משטחי ההתנחלויות מצויים על קרקע פלסטינית פרטית.¹³⁷ שוב, חומרת הבעיה בעתיד תלויה במספר האנשים שיישארו בשטח ובמקום מגוריהם. מעבר לשאלה כיצד ליישב מחלוקות ספציפיות בין בעלים קודמים של קרקע לבין המתנחלים היושבים עליה כיום,¹³⁸ חשיבותה הסמלית של הקרקע ותחושת העוול שבגזל צפויים להקטין את נכונותם של הפלסטינים לויתורים, וזאת גם אם יוצע פיצוי למי שנפגע באופן אישי וגם אם מדובר באדמות מדינה. נוסף על כך, גם ההתנחלויות היושבות על אדמות מדינה מנצלות משאבי-טבע ציבוריים ניכרים על-חשבון האוכלוסייה הפלסטינית.¹³⁹ כלומר, הקונפליקט הוא לא רק בין בעלים למחזיקים, אלא גם בין

135 PALLEY, לעיל ה"ש 64, בעמ' 222.

136 אורי בלאו "הדו"ח שמושרד הביטחון מסתיר: בנייה ללא אישור ברוב ההתנחלויות" הארץ 28.1.2009.

137 שלום עכשיו עבירה גוררת עבירה: בניית התנחלויות על קרקעות בבעלות פרטית פלסטינית (2006) www.peacenow.org.il/data/SIP_STORAGE/files/8/2568.pdf. המנהל האזרחי, בתגובתו על הדוח, לא חלק על נתון זה.

138 Yaël Ronen, *The Dispossessed and the Distressed: Conflicts in Land-Related Rights in Transitions from Unlawful Territorial Regimes*, in CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS 1 (Eva Brems ed., 2008).

139 דוגמה לפער בחלוקת המשאבים כיום היא המים. לישראל ולפלסטינים בגדה המערבית יש שתי מערכות של מים שחוצות גבולות. למערכת הראשונה – מערכת מאגר המים העילי, אגן הירדן – שותפות גם ירדן, סוריה ולבנון. ישראל מונעת מהפלסטינים כל גישה למאגר מים זה. השנייה – מערכת מי-התהום באקוויפר ההר, החוצה את גבול הגדה וישראל – היא מקור המים המרכזי, הגדול ביותר והאיכותי ביותר של ישראל והפלסטינים. ממאגר אקוויפר ההר מופקים מדי שנה כ-600 מיליון מ"ק מים. ישראל מנצלת כ-80% מתפוקתו לצריכתה, ומקצה את היתרה לשימוש הפלסטינים. בצלם "מצוקת המים" 22.3.2009 www.btselem.org/

אוכלוסיות הנהנות מרמות צריכה שונות של משאבים. עניין זה מעורר את השאלה אם לאותם מתנחלים שיישאר בשטח יש הזכות לשמר את רמת החיים שממנה נהנו עד חילופי השלטון. שאלה זו קרדינלית בגלל הפער העצום בין רמת החיים שלהם לבין זו של שכניהם הפלסטינים. תנאי הכרחי להיווצרותו של פער כזה הוא ההפרדה השלטונית אשר התקיימה בעבר ומתקיימת בהווה בינם לבין הפלסטינים.¹⁴⁰ הירידה הצפויה ברמת חייהם של המתנחלים כתוצאה מהשוואתה לזו של יתר האוכלוסייה אינה מהווה כשלעצמה פגיעה בזכויותיהם, ובלבד, כמובן, שהם אינם מופלים לרעה ושרמת חייהם אינה יורדת אל מתחת לסף המוגן על-ידי זכויות-היסוד. מעבר לכך, חובותיו של הריבון הנכנס תלויות במשאבים העומדים לרשותו.¹⁴¹

(ד) שמירה על סדר ציבורי

גם שיקולים של סדר ציבורי ושמירת חוק עשויים להצדיק את הרחקתם של המתנחלים הישראלים מהגדה המערבית, דווקא על-מנת להגן עליהם. בהקשר זה נסיבותיהם של המתנחלים הישראלים שונות בתכלית מאלה של המתנחלים התורכים והרוסים. אם כיום המתנחלים, או נוכחותם, הם גורם המערער את הסדר הציבורי בגדה המערבית,¹⁴² ספק אם המצב יהיה דומה כאשר ידובר בקבוצה קטנה של אזרחים ללא הגנה או גיבוי צבאיים תחת ממשל פלסטיני. ללא התערבות ממשלתית, המתנחלים עשויים עד-מהרה להיות קורבנות אלימות מצד הפלסטינים. מבחינה זו, הרחקתם מהשטח חיונית לשם הגנה על חייהם ושלומם. אומנם, חובתה של המדינה – הפלסטינית במקרה זה – היא להגן על קורבנות אלימות פוטנציאליים לא על-ידי הגבלת זכויותיהם שלהם, אלא בראש ובראשונה על-ידי הגבלת הפוגעים הפוטנציאליים. אך כאשר המשאבים הכרוכים בהגנה זו הם בלתי-מידתיים ביחס למטרה, ייתכן שגם הקורבנות יהיו כפופים להגבלות. בהנחה שהמדינה הפלסטינית תיזקק לשם כך לאמצעים המשמשים כיום בגדה המערבית להגנה על המתנחלים, כגון כבישים שפלסטינים אינם רשאים לנסוע בהם (במידה הנדרשת בהתחשב במספרם כפי

Hebrew/Water/20090322_International_water_day.asp ; אמנסטי אינטרנשיונל "מים עכורים: שלילת גישה הוגנת למים מפלסטינים" www.amnesty.org/en/library/asset/MDE15/027/2009/en/29493f51-4118-46c8-9105-811c49b47ff2/mde150272009iw.pdf
 140 על תוקף ההשוואה בין משטר ההפרדה בגדה המערבית לבין אפרטהייד ראו שאול אריאלי ומיכאל ספרד חומה ומחדל: גדר ההפרדה – ביטחון או חמדנות? 195–192 (2008).
 141 השוו במשפט הישראלי: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, פס" 9 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004).
 142 לנתונים בדבר אלימות של ישראלים בגדה המערבית ראו יש דין מראית חוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית (2006). אך ראו גבריאלי בן-דור, עמי פדהצור, אריה פרליגר וערן זיידס "האם הם באמת ויג'לנטים? עמדות תמיכה באלימות בקרב מתיישבי יש"ע ומרכיבי אוכלוסייה אחרים בישראל" מחקרי יהודה ושומרון יב (2003).

שיהיה לאחר חילופי השליטה), הגנה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות-יסוד של זכויות אדם במשטר דמוקרטי (וללא עקרונות אלה לא יהיה כלל מקום לדון בזכויות המתנחלים במונחים של זכויות אדם). נוסף על כך, עלות ההגנה על המתנחלים בכסף ובמשאבים היא עצומה,¹⁴³ וספק אם ניתן לדרוש מהמדינה הפלסטינית להשקיע סכומים כאלה, ובכך להכתיב לה את סדרי העדיפויות הכלכליים שלה.

(ה) סיכום

לריבון הנכנס לשטח שהיה כבוש ייתכנו טעמים לגיטימיים שונים לבקש להרחיק מתנחלים. ניתן לעגן טעמים אלה בקטגוריות הפורמליות המתירות פגיעה בזכות לחיים פרטיים. משקלו של כל אחד מהטעמים הללו עשוי להשתנות ממקרה למקרה, ויש להביא בחשבון את משקלם המצטבר. הישארותם של המתנחלים הישראלים במדינה פלסטינית עתידית נראית מעוררת אתגרים גדולים במיוחד, וקשים יותר מאשר במקרים האחרים שנסקרו. נראה שטעם אחד לכך קשור לנסיבות המדיניות של נסיגה אפשרית מהשטח: הכיבוש הסובייטי במדינות הבלטיות הסתיים עם התפרקותה של המעצמה הסובייטית, ואילו תורכיה ממילא מתכשט לטענה כי היא זו ששולטת בצפון קפריסין. לרוסיה ולתורכיה אין שום טענות טריטוריאליות לגבי השטחים הכבושים, והן אינן טוענות שיש להן אינטרס לגיטימי בשליטה בשטח. לעומת זאת, ישראל טוענת כי שליטתה בגדה המערבית חיונית לבטחונה ולעצם קיומה. בנסיבות אלה הסיכוי שעל-אף הנסיגה תהיה ישראל מעוניינת להשפיע על הנעשה במדינה פלסטינית עתידית אינו נראה מופרך. שנית, ההתנחלות הישראלית שונה מההתנחלויות האחרות שנסקרו מבחינת הנתק החברתי בין המתנחלים לבין האוכלוסייה המקומית והעוינות האופפת את היחסים בין האוכלוסיות, אשר אינה רק פונקציה של היחסים המדיניים. משום כך הסדר בין מדינת ישראל לאיסור בהכרח את מקור החשש הפלסטיני מפני הישארותם של המתנחלים בשטח.

גם אם הריבון החדש מרים את נטל ההוכחה בדבר קיומם של טעמים ראויים להרחקה, משקלם של הטעמים המצדיקים צריך להיבחן בנסיבות הספציפיות של כל מקרה ביחס לגזק שייגרם למתנחלים אם יגורשו. איזון זה צריך להיעשות לגבי כל אדם באופן ספציפי על-פי נסיבותיו. עם זאת, כאשר מדובר בקבוצות הומוגניות יחסית אשר הגיעו לשטח בנסיבות דומות וחיות במסגרות דומות, ניתן לאתר גם מאפיינים כלליים אשר רלוונטיים לאיזון האמור. החלק הבא עוסק בבחינה של מאפיינים כלליים אלה.

143 להערכות בדבר המחיר הבטחוני והצבאי של הכיבוש, לאו דווקא בהתנחלויות, ראו שלמה סבירסקי מחיר היוהרה 80–90 (2005).

2. הפגיעה בזכות לחיים פרטיים

מול האינטרס של המשטר החדש עומדת זכותם של המתנחלים לחיים פרטיים. אין ספק שעקירת אנשים ממקום מגוריהם והעתקתם למקום אחר – עם קהילתם, ובוודאי בלעדיה – מהווה פגיעה בזכות זו, כפי שהתפרשה על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות אדם. על-פי האמנה האירופית לזכויות אדם, המשמשת כאן כמודל, הפגיעה בזכות מותרת אם היא נחוצה מטעמים לגיטימיים, ובלבד שהיא מידתית ביחס למטרתה. מבחן המידתיות תלוי הן בחלופות הקיימות להשגת יעדיה של המדינה והן בהשפעה הקונקרטיה של הגירוש על כל אחד מהפרטים הנוגעים בדבר.

פגיעה לא תיחשב מידתית ביחס למטרתה אם ניתן להשיג את האינטרס של המדינה על-ידי שימוש בחלופה חמורה פחות. במדינות הבלטיות, למשל, נמצאה חלופה לגירוש, והיא אסטרטגיה של אינטגרציה. מטרתה של אסטרטגיה זו הייתה להקטין את האיום על הזהות הלאומית הנובע מנוכחותה של אוכלוסיית מיעוט מסוימת, על-ידי הפגת האיום הנובע מהקולקטיב. אסטרטגיה זו עדיפה על הרחקה פיזית או הדרה משפטית, אשר מהווים לפיכך אמצעים מופרזים, במיוחד אם אוכלוסיית המתנחלים וצאצאיהם אכן מאמצים את מדיניות ההשתלבות בזהות החדשה. כמו-כן, ניתוק המתנחלים ממדינת המוצא, באופן פורמלי (על-ידי הענקת אזרחות של הריבון החדש) ובאופן מהותי (על-ידי יצירת הזדהות אישית עם הקהילה המקומית), מחליש את כוחה של מדינת המוצא להתערב. זו יכולה להיות גם התשובה לחשש מפני "גיס חמישי".

עם זאת, אינטגרציה אינה יכולה להוות פתרון מלא. ראשית, לצד הזכות של המשטר החדש להגן על זהותו, יש גם למיעוט זכות להגן על זהותו. במילים אחרות, בעוד המשטר החדש רשאי לעודד אינטגרציה של קהילת המתנחלים בחברה הלאומית של המשטר החדש, הוא אינו רשאי לכפות על קהילה זו את זניחת זהותה שלה. יש אם כן מתח בין יצירת מדינת-לאום אזרחית לבין שמירה על זהות המיעוט.¹⁴⁴ משום כך, ישימות הפתרון תלויה במציאת איזון בין אינטגרציה לבין שמירת זהות, אשר יעלה בקנה אחד עם המבנה החברתי והחוקתי כולו. מבחינה זו יש הבדל בין המדינות הבלטיות לבין קפריסין. בזו האחרונה אין ציפייה להומוגניות חברתית כלל-ארצית.¹⁴⁵

מגבלה נוספת של האינטגרציה כחלופה להרחקה היא כוחה המוגבל לנתק את הקשר בין המיעוט לבין מדינת המוצא. הדבר נכון במיוחד כאשר למדינת המוצא יש תפקיד פורמלי

144 Spruds, לעיל ה"ש 124, בעמ' 9.

145 קפריסין המאוחדת והמדינות הבלטיות נבדלות באופן משמעותי באופן שבו יחסי הקבוצות האתניות מוסדרים: בקפריסין צפויה דמוקרטיה קונסוציונלית, בעוד במדינות הבלטיות מתגבש המודל של דמוקרטיה אתנית, כפי שהגדיר אותה סמי סמוחה. את פוטנציאל האינטגרציה יש לבחון על רקע הבדלים אלה. Sammy Smootha, *The Model of Ethnic Democracy, in THE FATE OF ETHNIC DEMOCRACY IN POST-COMMUNIST EUROPE* 5 (Sammy Smootha & Priit Järve eds., 2005).

ביחס למשטר החדש, כפי שיש, למשל, לתורכיה ביחס לקפריסין על-פי האמנות של 1960. תוכנית אנאן מותירה על כנן את האמנות הללו ומתאימה אותן למבנה העתידי של קפריסין המאוחדת.¹⁴⁶ הציפייה שאוכלוסיית המתנחלים תתערה במשטר החדש בעוד המשטר עצמו מעניק מעמד פורמלי למדינת מוצאה עשויה להיות מופרזת. מבחינה זו, הנתק בין המתנחלים הרוסים לבין מדינת מוצאם היה קל יותר, בין היתר מכיוון שברית-המועצות התפרקה, ורבים מן המתנחלים מצאו את עצמם ללא קהילה חלופית המוכנה לקבלם. לנוכח מטרתה המוצהרת של ההתנחלות הישראלית למנוע את אפשרות הקמתה של מדינה פלסטינית,¹⁴⁷ אינטגרציה במדינה הפלסטינית אינה אפשרות מציאותית. לנוכח העוינות ארוכת-השנים בין המתנחלים לבין האוכלוסייה הפלסטינית, נראה שהבטחת השלום והסדר מחייבים הפרדה בין האוכלוסיות. לפיכך לא נראה שבידי המדינה הפלסטינית העתידית תהיה חלופה חמורה פחות מהרחקת המתנחלים מהשטח על-מנת לממש את יעדיה.

אם פינוי המתנחלים הוא תנאי להשגת הסכם מדיני לשלום, אזי מדובר במטרה בעלת חשיבות עצומה, ולפיכך הפגיעה בפרט הצפויה בגינה יכולה להיות ניכרת ועדיין להיחשב מידתית. את הפגיעה בפרט יש לבדוק הן מבחינת המשמעות של עקירתו ממקומו והן מבחינת יכולתו להיקלט במדינת אחרת. במקרים הפרטניים שנדונו בפסיקת בית-הדין האירופי ובוועדה לזכויות אדם הושם הדגש בקשר של האנשים למסגרת החברתית והמשפחתית שהם מזהים את עצמם עימה. מבחינה זו המתנחלים הישראלים שונים מהאחרים: הם נמנעו לחלוטין מהתערות באוכלוסייה המקומית. ככלל, הקשרים בין הישראלים לבין הפלסטינים, עד כמה שהם קיימים, מבוססים על השתייכות לאוכלוסיות שונות. מבחינה חברתית, פינוי ההתנחלויות לא יהיה כרוך בניתוק, שכן קבוצת-ההתייחסות כולה תועתק. אך להבדיל מהמתנחלים התורכים או הרוסים במדינות הבלטיות, הקשר של המתנחלים הישראלים לגדה המערבית אינו מכשירני (אינסטרומנטלי), אלא אידיאולוגי – לאומי, דתי ורוחני.¹⁴⁸ זהו קשר שאינו רק פונקציה של קהילה חברתית, אלא גם של מקום גיאוגרפי ספציפי. מכיוון שעניינו של כל אדם צריך להיבדק באופן פרטני, ההחלטה בדבר

146 תוכנית אנאן, לעיל ה"ש 65, חלק C – אמנה בדבר מצב הדברים החדש בקפריסין, נספחים II, III, IV; וכן טיוטת כתב התאמתם של תנאי ההצטרפות של הרפובליקה המאוחדת של קפריסין לאיחוד האירופי, פס' 14, בדבר ההכרה ב"יחסים המיוחדים ובקשרים החזקים" שבין תורכיה לבין הקפריסאים-התורכים.

147 ראו את עמדתה של מועצת יש"ע בהקשר של הצו להקפאת הבנייה בהתנחלויות: "...הגיע הזמן שבנושאים החיוניים ביותר לקיומנו ולמהותנו כמדינה ריבונית, נפסיק להתעסק בהתחכמויות טקטיקות ונגיד את האמת שלנו, שעם ישראל בחר בדרך אחרת. בדרך שיודעת ומאמינה שמדינה פלשתינית ביהודה ושומרון היא סכנה קיומית למדינת ישראל..." myesha.org.il/?CategoryID=251&ArticleID=3551&Page=1

148 אלדר וזרטל, לעיל ה"ש 6; חגי הוברמן כנגד כל הסיכויים: סיפור ההתיישבות היהודית ביהודה, שומרון, בנימין והבקעה תשכ"ז-תשס"ז (2008).

חומרת הפגיעה במתנחל אם יורחק מוכרחה להביא בחשבון את מכלול קשריו למקום, ובכלל זה גם את אלה שאינם חברתיים. עם זאת, הגנה על הקשר הלאומי, הדתי והרוחני של המתנחלים לשטח זה תציב בוודאי קשיים מבחינת המדינה הפלסטינית. ראשית, זהו קשר אשר מימושו הקונקרטי כרוך, לפחות תחת הכיבוש הישראלי, בפגיעה בזכויותיהם של הפלסטינים, בהכרח.¹⁴⁹ לא פחות חשוב מכך, מבחינה רעיונית הקשר האידיאולוגי של המתנחלים הישראליים לגדה המערבית כרוך בשלילת זכותם של הפלסטינים לשטח. השאלה היא אם ניתן לדרוש מהמדינה הפלסטינית שתעמיד לרשות המתנחלים הישראליים את האמצעים לממש את הקשר שלהם לשטח בנסיבות אלה.

גם מבחינת הקשר של המתנחלים ויכולתם להיקלט במדינת המוצא אין כל דמיון בין המתנחלים הישראליים לבין המתנחלים התורכים והרוסים. האוכלוסייה הרוסית במדינות הבלטיות יושבת שם זה חמישים שנה, במרחק מאות קילומטרים ממדינת מוצאם (וללא חופש תנועה במהלך שנים רבות). מתנחלים רבים הם דור שלישי במקום, היכרותם עם התרבות של מדינת מוצאם קטנה, ולפיכך יכולתם להתערות בה קטנה. זאת ועוד, לנוכח התפרקותה של ברית-המועצות, מתנחלים רוסים רבים מצאו את עצמם ללא אזרחות.¹⁵⁰ למעשה, הם היו מוגנים מפני הרחקה על-פי האמנה בדבר מעמדם של חסרי אזרחות¹⁵¹ או על-פי סעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. יתרה מזו, גם אילו הוחלט להרחיקם, היה מתעורר קושי טכני לבצע זאת.

קהילת המתנחלים התורכים בקפריסין, המנותקת ממוצאה עשרות קילומטרים בלבד אך ללא גישה ישירה, הייתה בת שלושים (או עשרים, אם מחשבים רק משנת 1983) כאשר נוסחה תוכנית אנאן. אך לגבי קהילה זו אין ככלל בעיה של חוסר אזרחות. אזרחים תורכים רשאים, ככלל, לשמור על אזרחותם כאשר הם רוכשים אזרחות חדשה,¹⁵² וילדיהם רוכשים

149 "המפקד הצבאי מוסמך להקים גדר הפרדה באזור להגנה על חייהם ועל ביטחונם של המתיישבים הישראליים באזור... המשיבים מכירים בכך כי גדר ההפרדה פוגעת בזכויותיהם של התושבים הערביים במובלעת אלפי מנשה. עם זאת עמדת המשיבים היא כי המשטר הכללי שהונהג במרחב התפר וההסדרים החדשים באשר למעברים ולשערים הפכו את הפגיעות בפלסטינים בכלל ובתושבי כפרי המובלעת בפרט, למידתיות." בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס' 477, פס' 19, 108 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

150 בשנת 2005 היו 11% מתושבי אסטוניה חסרי אזרחות. כמחצית מהם נולדו באסטוניה. Council of Europe: European Commission against Racism and Intolerance, Third Report on Estonia, ECRI (2006) 1, ¶ 124 (2006).

151 Convention Relating to the Status of Stateless Persons, art. 30(1), opened for signature 1954, 360 U.N.T.S. 117 (entered into force June 6, 1960).

152 חוק האזרחות התורכי, כפי שתוקן בשנת 1981, מתיר רכישת אזרחות זרה (למשל, של צפון קפריסין) מבלי לוותר על האזרחות התורכית. התנאי היחיד לריבוי אזרחויות הוא קבלת היתר ממשרד הפנים התורכי. תורכיה מעודדת אזרחות כפולה למן שנות השמונים של המאה העשרים. Bilgin Tiryakioğlu, *Multiple Citizenship and Its Consequences in Turkish Law*, 3 ANKARA L. REV. 1, 5-6, 9 (2006).

אזרחות תורכית מלידה.¹⁵³ מכיוון שהם אינם מאבדים את אזרחותם המקורית, הרחקתם אינה מהווה בעיה מבחינה זו.

הן מבחינה מהותית והן מבחינה פורמלית (קשר האזרחות), עניינם של המתנחלים הישראלים שונה לחלוטין מזה של הקהילות במדינות הבלטיות ובקפריסין. המתנחלים הישראלים לא רק שאינם מנותקים ממדינת מוצאם, אלא קשורים אליה הדוקות. חייהם אינם מוגבלים לשטחי ההתנחלויות, ולהתנחלויות אין קיום עצמאי ונפרד מישראל. התנחלויות רבות הן "ערי-שינה", אשר חיי תושביהן מתנהלים למעשה בתוך ישראל. חיי המסחר, החברה והמשפחה של ההתנחלויות קשורים לישראל. אי-אפשר לדבר על נתק חברתי, פוליטי, כלכלי או אחר של המתנחלים מישראל, והם מעורים לחלוטין במערכות הפוליטיות, הכלכליות והחברתיות שלה. יתרה מזו, עיקר מטרתה של מערכת הדינים שמפעיל הממשל הצבאי (וכן הדין הישראלי) ביחס להתנחלויות היא לאפשר למתנחלים לחיות בהתנחלויות כאילו הם חיים בישראל.¹⁵⁴ דווקא בגלל הצלחתה של מערכת זו, המתנחלים אינם יכולים לטעון שהחיים בישראל זרים להם או שהם יחוש נטע זר בישראל. אומנם, במהלך השנים ניתנו למתנחלים תמריצים שבזכותם רמת החיים בחלק מההתנחלויות גבוהה יותר מאשר בישראל,¹⁵⁵ ולכן לגבי חלקם המעבר לישראל יהיה כרוך בירידה ברמת החיים. עם זאת, בהעדר זכות מוקנית להטבות כלכליות,¹⁵⁶ רמת חיים זו הייתה יכולה לרדת גם ללא עקירה ממקום המושב. אם כך, משמעותה המעשית של הדרישה לעבור מההתנחלות לישראל גופא, גם כאשר מדובר בדור שני או שלישי של מתנחלים, אינה דרמטית מאוד.

שיקול נוסף בבחינת המידתיות של הפגיעה בפרט ביחס לאינטרס שהיא נועדה לממש הוא באיזו מידה הביא הפרט על עצמו את המצב שבו הוא חשוף לגירוש, אם כי שיקול זה

153 ס' 1 לחוק האזרחות התורכית, כפי שתוקן בשנת 2004.
154 זה הטעם לכינון של "תקנות המועצות המקומית", שהן קובצן צווים של מפקד האזור המחילים בשטח ההתנחלויות ועל המתנחלים הסדרים זהים לאלה שחלים במדינת-ישראל. נוסף על כך, דברי חקיקה מסוימים הוחלו באופן אקסטרטוריאלי ופרסונלי כך שיחולו על תושבי ההתנחלויות. אמנון רובינשטיין "מעמד המשנה של 'השטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 439 (1986).

155 בצלם "גזל הקרקעות – מדיניות ההתנחלות בגדה המערבית" 61–54 (2002) www.btselem.org/Download/200205_Land_grab_Heb.doc

156 בפרשת קרית-ארבע קבע בית-המשפט העליון כי הפסקת הליכי תכנון בהתנחלויות אינה מהווה צעד מפלה של ההתנחלויות לעומת היישובים הפלסטיניים או לעומת יישובים ישראלים בשטח ישראל. בית-המשפט אמר: "אך מובן הוא כי העותרות מרגישות עצמן מקופחות לעומת המצב הקודם שבו הייתה תנופת פיתוח ושררה באזור מדיניות של עידוד הליכי תכנון ובנייה, אך בכך כאמור אין די, שכן אין לעותרות זכות קנויה שמדיניות הממשלה שהייתה עמם תימשך ולא תשתנה." בג"ץ 4400/92 המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(2) 597, פס' 19–20 לפסק-דינו של השופט לוי (1994).

אינו מכריע בהכרח.¹⁵⁷ נקודת המוצא היא שלמדינה יש זכות להרחיק זרים הנמצאים בשטחה באופן בלתי-חוקי. לכאורה, לנוכח אי-חוקיותה של ההתנחלות, זהו שיקול כבד בכל הנוגע במתנחלים. עם זאת, נוכחותם של המתנחלים בשטח המדינה החדשה נובעת מהפרת המשפט הבינ-לאומי על-ידי המעצמה הכובשת. לפיכך האחריות להפרה זו, בניגוד לאחריות לכניסה למדינה בניגוד לדינייה הפנימיים, אינה מוטלת על המתנחלים עצמם, אלא על המשטר הכובש אשר הביאם. ספק אם יש להטיל על הפרט לשאת במישרין באחריות למעשיו של המשטר הכובש, גם אם הסנקציה היא מנהלית בלבד (הרחקה), ולא פלילית. עם זאת, גם אם הפרט אינו אחראי משפטית לאי-החוקיות שבהגעתו לשטח, נסיבותיה עשויות להיות רלוונטיות להערכת תום-ליבו והלגיטימיות של ציפיותיו האישיות. בהקשר זה יש חשיבות לשאלה באיזו מידה היה האדם מודע לאי-החוקיות שבהתנחלות, ובאיזו מידה הייתה לו בחירה אם להגיע לשטח אם לאו. ההגירה לצפון קפריסין לא נכפתה על המתנחלים התורכים כפי שהיא נכפתה על המתנחלים הרוסים. גם מסיבה זו ייתכן שהייתה אמפתיה גדולה יותר כלפי המתנחלים הרוסים וכלפי צאצאיהם מאשר כלפי המתנחלים התורכים. כנגד זה יש לציין כי בשני המקרים הייתה גם הגירה מרצון על-סמך הבטחות (אשר קוימו ככלל) לרמת חיים גבוהה יותר, תוך אי-ידיעה של הנסיבות הפוליטיות והמשפטיות הנוגעות במקום המושב החדש, במעמד המשפטי של השטח ובהשלכותיו על מעמדם של המתנחלים. לגבי הרוסים נבע הדבר מצנזורה סובייטית, ולגבי התורכים הוא נבע מרמת ההשכלה הנמוכה של המתנחלים.

המצב שונה לחלוטין לגבי המתנחלים הישראליים. כאמור לעיל, השאלה היא לאו דווקא אם הנוכחות בשטח חוקית, ואף לאו דווקא אם האדם מודע לאי-החוקיות, אלא בעיקר אם נוכחותו היא בתום-הלב על-אף אי-חוקיותה. כאשר מטרת השהייה – ההתנחלות – היא להנציח את המצב הבלתי-חוקי, מבחינת המשפט הבינ-לאומי הפרט אינו יכול לטעון שהוא פועל בתום-לב. מעמדן של ההתנחלויות היה ועודנו חלק מרכזי בשיח הפוליטי והמשפטי בישראל. אומנם, לא כל תושב התנחלות הוא מומחה למשפט בין-לאומי, אך מעטים מבין תושבי ההתנחלויות אינם מודעים כלל למשמעויות הפוליטיות והמשפטיות של ההתנחלות. יש להניח שאותם אנשים שאכן התיישבו בהתנחלויות ללא מודעות כזו, בעיקר עולים חדשים, ממילא לא יתעקשו להישאר בהן גם לאחר חילופי השלטון. מי שיתעקשו להישאר בהן הם מן הסתם אנשי הגרעין האידיאולוגי, אשר התיישבותם כרוכה דווקא בהיכרות מעמיקה עם הנסיבות הפוליטיות הסובבות את מעמד השטח ובכוונה מודעת להשפיע עליו.

157 השו בין שני המקורות הבאים: Shevanova v. Latvia, App. No. 58822/00, ¶ 75, 15 June 2007; וכך בין שני המקורות הבאים: Shevanova v. Latvia, App. No. 58822/00, ¶ 49, 7 Dec. 2007; Sisojeva and Others v. Latvia, App. No. 60654/00, ¶ 95, 16 June 2005; והחלטות טרם פורסמו: Kaftailova v Lithuania, App. No. 59643/00, ¶ 68, 22 June 2006. ניתן לחפש אותן באתר <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

יכולתם של מתנחלים אלה לטעון כי הם קורבנותיו הבלתי-מעורבים של סכסוך פוליטי, וכי משום כך לא הם שצריכים לשאת בתוצאות הצעדים הננקטים ליישובו, הינה מוגבלת.

3. סיכום

לנוכח זיקתם ההדוקה של המתנחלים לישראל, המצויה אף בבסיס היאחזותם בשטחי הגדה המערבית, נראה שהרחקתם מהמדינה הפלסטינית לא תגרום לפגיעה חמורה בחייהם הפרטיים, כפי שהמונח התפרש במשפט הבין-לאומי. ודוק, אין ספק שההרחקה תגרום להפרה חמורה של שגרת חייהם. ראיה לכך היא עניינם של מתנחלי גוש קטיף, אשר קרוב לחמש שנים לאחר פינויים מרצועת עזה חשים עדיין עקורים. אלא שאין די בהפרת השגרה על-מנת לקבוע שהזכות לחיים פרטיים נפגעה או הופרה. זכות זו מתמקדת במרקם החברתי של חיי הפרט, להבדיל מהאמצעים התעסוקתיים והכלכליים העומדים לרשותו, אשר נראה שהם המכשול העיקרי לרווחתם של מפוני הגוש.¹⁵⁸

עם זאת, אין ספק שמבחן זכותה של מדינה לגרש אנשים משטחה אינו ממצה את התמונה, שכן הוא אינו מביא בחשבון את מידת התגייסותה של מדינת היעד לקלוט את המגורשים. הפרק הבא מתייחס בקצרה לסוגיה זו.

ד. זכויותיהם של המתנחלים כלפי ישראל

הדיון לעיל מתמקד ביחסים שבין המתנחלים לבין המשטר החדש בשטח שבו הם גרים. שאלה אחרת, והיא דווקא זו שהתעוררה בישראל, עניינה היחסים שבין המתנחלים לבין מדינת המוצא שלהם, דהיינו, זכותה של מדינת המוצא לעקור אותם ממושבם ולהשיבם לשטחה הריבוני, והתנאים שבהם המדינה רשאית לעשות זאת. קצרה היריעה כאן מלדון בסוגיה זו לעומקה, ואסתפק בהערות ספורות, שעניינן הקשר בין המשפט הבין-לאומי לבין המשפט החוקתי בשאלה זו. לצורך הדיון ניתן להניח שפינוי המתנחלים יעוגן בחוק, כפי שנעשה לגבי רצועת עזה בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: חוק יישום תוכנית ההתנתקות).

על-מנת לעמוד בדרישה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תכלית החוק צריכה להיות ראויה, והפגיעה במתנחלים צריכה להיות מידתית ביחס למטרתה. תכלית אחת לפינוי המתנחלים היא עמידתה של ישראל בהתחייבויותיה על-פי המשפט הבין-לאומי, אשר מחייב את ישראל, כל עוד לא הושג הסדר אחר, לפנות את ההתנחלויות.

158 3 שנים אחרי: המפונים סובלים מקושי כלכלי ונפשי "ynet 23.7.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3571887,00.html

בניגוד למדינה ריבונית, אשר בוחרת אם לאפשר ישיבת זרים בשטחה אם לא, ואשר נדרשת לעשות זאת תוך איזון בין זכויות ואינטרסים שונים, חובתה של מעצמה כובשת להימנע מיישוב אזרחיה בשטח כבוש, וכן חובתה לפנותם משם אם יישוב אותם, אינן פתוחות לאיזונים. איסור יישובם של אזרחים והחובה הנגזרת לפנותם הם מוחלטים.¹⁵⁹ למדינה אין שיקול-דעת בעניין. מכיוון שאיסור ההתנחלות והחובה להשיב את המצב לקדמותו הם חלק מהמשפט המנהגי, הם גם חלק ממשפט המדינה. את האיזון בין האינטרסים המנוגדים הנדרש על-פי חוק-היסוד על המדינה לעשות לא על-ידי סיוג החובה לפנות את ההתנחלויות, אלא על-ידי קביעת התנאים הקונקרטיים שבהם ייעשה הפינוי.

לגבי רמת-הגולן עשויה להתעורר טענה של חקיקה סותרת (אשר המשפט המנהגי נסוג מפניה), לנוכח חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, המחיל את המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל בשטח. פינוי המבוסס על דיני הכיבוש אינו עולה בקנה אחד עם חוק חרות הקובע כי ברמת-הגולן חל המשפט הישראלי. תחולת המשפט הישראלי ברמת-הגולן שורינה בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, הקובע כי החלטת ממשלה שלפיה המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל לא יחולו עוד על שטח טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה, וכן אישור במשאל-עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל.¹⁶⁰ יש לזכור, עם זאת, כי מבחינת המשפט הבין-לאומי, אין בכוחו של חוק מדינתי לפטור מדינה ממחויבויותיה הבין-לאומיות.

תכלית נוספת לפינוי התנחלויות, שאינה קשורה לשאלת חוקיותן, היא המטרה של השגת הסכם מדיני לשלום.¹⁶¹ מבחינת המשפט ההומניטרי, פינוי מתנחלים אינו מהווה גירוש,¹⁶² שכן המתנחלים יושבים בשטח שמבחינת המשפט הבין-לאומי אינו בריבונותה של מדינת-ישראל, וממילא הם יועברו אל תוך שטח המדינה, ולא אל מחוץ לו. שאלה אחרת היא, כמובן, באיזו מידה פינוי המתנחלים הוא אכן ערובה להצלחת ההסכם המדיני.

159 ס' 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית קובע איסור מוחלט ונטול חריגים להעביר אוכלוסייה של המעצמה הכובשת לשטח הכבוש. זאת, להבדיל מהאיסור להעביר אוכלוסייה מהשטח הכבוש לשטח אחר, אשר כפוף לחריג (ס' 149(1), (2)).

160 חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010, ס"ח 58. ב-9 בדצמבר הצביעה מליאת הכנסת בעד החלת רציפות על הצעת חוק-יסוד: משאל-עם.

161 לעניין ההיבט המדיני-הבטחוני-הלאומי בפינוי התנחלויות ראו פרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 555-557.

162 ס' 49(1) לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר העברת תושבים משטח כבוש אל שטחה של המעצמה הכובשת. אך סעיף זה מוגבל ל"אנשים מוגנים", שאינם אזרחיה של המעצמה הכובשת. לפיכך הוא אינו חל על המתנחלים הישראלים.

הניסיון ההיסטורי בעניין זה אינו חד-משמעי.¹⁶³ אך זו שאלה של תבונה פוליטית, ולא של כוחה המשפטי של המדינה לפנות מתנחלים אם הדבר נעשה על-סמך ציפייה סבירה בתום-לב כי הדבר יאפשר הסדר מדיני לשלום.

בכך אין כדי לומר שלמדינת המוצא המפנה את אזרחיה אין שום מחויבות כלפיהם. בוודאי יש לה מחויבות כאשר ההתנחלות נעשתה ביוזמת המדינה או תוך קבלת היתר ממנה. מכיוון שישראל שולטת בגדה המערבית בשלטון צבאי, כל התיישבות שם יכולה להיחשב לכל-הפחות ככזו שנעשתה בהיתר, גם אם הוא לא ניתן במפורש ומראש. אי-עשייה, כאשר בידי המדינה הסמכות לפנות את המתנחלים, יכולה להתפרש כהסכמה שבשתיקה. יתרה מזו, לנוכח העידוד הכספי והמוסרי שהעניקה ישראל למפעל ההתנחלויות במשך העשורים שעברו, התכחשותה לציפיותיהם של המתנחלים לגיבוי ממנה עשויה להיחשב במבחן הביקורת השיפוטית על-פי המשפט הפנימי.

גם לפי המשפט הבין-לאומי יש למדינה מחויבויות כלפי המתנחלים. לצד חובתה לפנות את ההתנחלויות, עליה להבטיח למתנחלים המפונים תנאים נאותים של מגורים, חינוך, בריאות, תעסוקה ועוד.¹⁶⁴ חובות אלה קיימות כלפי כל אדם (אזרח, תושב-קבע וגם אחרים, אם כי לא בהכרח באותה מידה), ללא קשר למקור מצוקתו,¹⁶⁵ קל וחומר כאשר המדינה היא שגרמה במישרין לשינוי המצב שבעקבותיו נוצרה המצוקה. אם זכויות אלה נפגעות מכיוון שהמדינה פועלת למימוש מחויבותה הבין-לאומית או להשגת אינטרס מדיני חשוב, על המדינה להבטיח שהפגיעה אינה בלתי-מידתית ביחס למטרותיה. עניין זה נדון בהרחבה בפרשת חוף עזה, שבו נדחו העתירות בנוגע לחוקתיותם של חוק יישום תוכנית ההתנתקות והצווים שהוצאו מכוחו. עם זאת, אין זה מן הנמנע שאם בית-המשפט ידון בחוקתיותו של חוק דומה בנוגע לגדה המערבית, תהיינה מסקנותיו שונות. הדברים תלויים בתוכנו הקונקרטי של החוק ובנסיבות כפי שיחולו באותה עת.

ה. סיכום

מאמר זה משרטט בקווים כלליים את המסגרת המשפטית שלאורה יש לבחון את זכותם של מתנחלים ישראלים להישאר בהתנחלויות בגדה המערבית אם ישראל תיסוג מהשטח לטובת

ANDREW BELL-FIALKOFF, ETHNIC CLEANSING (2nd ed. 1999); GIL LOESCHER & JAMES MILNER, PROTRACTED REFUGEE SITUATIONS: DOMESTIC AND INTERNATIONAL SECURITY IMPLICATIONS (2005).

164 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 37, ס' 6 (זכות לעבודה), ס' 11 (זכות לרמת חיים נאותה), ס' 12 (זכות לבריאות), ס' 13 (זכות לחינוך).

165 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פס' 16, 19-20 (2005).

מדינה פלסטינית. מסגרת משפטית זו מבוססת על האינטרסים הלגיטימיים של הריבון החדש לעומת הזכות לחיים פרטיים של המתנחלים. פרמטרים כלליים אלה תקפים גם במקרים אחרים של נסיגת מעצמה כובשת מהשטח שכבשה, ולצורך השוואה המאמר סוקר את ההסדרים שהושגו במדינות הבלטיות ואת אלה הנדונים בימים אלה לגבי קפריסין. מהניתוח עולה כי בהשוואה למתנחלים התורכים בצפון קפריסין ולמתנחלים הרוסים במדינות הבלטיות, משקלה של הזכות לחיים פרטיים של המתנחלים הישראלים צפוי להיות נמוך יחסית מול האינטרסים של הריבון הנכנס. הערכה זו מבוססת בעיקר על כך שהקשר בין המתנחלים לבין ישראל הדוק, ולפיכך פינויים לשטחה הריבוני של ישראל אינו כרוך בפגיעה כה חמורה בחייהם הפרטיים כמו במקרים האחרים, וכן מכיוון שבנסיבות הפוליטיות הנוכחיות, הישארותם בשטח כנטע זר נתפסת כאיום פוטנציאלי על המדינה הפלסטינית העתידית ויוצרת סכנה מוחשית לחייהם שלהם. היבט זה הוא אשר עשוי אולי להבחין בין המתנחלים בגדה המערבית לבין תושבי רמת הגולן, שכן המטען הפוליטי והמשקעים הרגשיים בשני המקרים שונים, ומשקלם בהערכת האינטרסים של הצדדים עשוי להיות שונה.

סוגיית המתנחלים הישראלים בגדה המערבית היא במידה רבה בשורש הסכסוך כיום, והסדרת מעמדם הוא תנאי ליישובו. זאת, לעומת המדינות הבלטיות, שבהן הצורך להסדיר את מעמדם של המתנחלים בא בעקבות השינוי הטריטוריאלי, ולא היווה תנאי לו. מבחינה זו עניינה של הגדה המערבית דומה יותר לזה של קפריסין, אשר גם בה ספק אם הסכסוך ייושב לפני שיוסדר מעמדם של המתנחלים התורכים. במצב זה כוח המיקוח של המתנחלים (או של המדינה המייצגת אותם) הוא קטן יחסית, ובמונחים משפטיים – המשקל שצפוי להינתן לצורכיהם באיזון מול צורכי הריבון החדש הוא נמוך יחסית.

לעיתים קרובות נשמעת הטענה כי האפשרות להשוות בין תופעות שונות במשפט הבין-לאומי היא מוגבלת בגלל המאפיינים הייחודיים של כל מקרה מבחינה פוליטית, חברתית, כלכלית, צבאית או אחרת. טענה זו מניחה כי המשפט מנותק מהיבטים אלה, ולא היא. הנוסחה המשפטית משותפת למקרים רבים, והמאפיינים הפוליטיים, הצבאיים, החברתיים והכלכליים של כל מקרה הם נתונים ספציפיים אשר יש למקמם וליישמם בתוך הנוסחה. מכאן נובעות התוצאות השונות שמקרים שונים מניבים. כך הדבר גם לגבי סוגיית המתנחלים. הנוסחה המאזנת בין זכותם של המתנחלים לחיים פרטיים לבין האינטרסים של המשטר החדש היא אותה נוסחה בקפריסין, במדינות הבלטיות ובגדה המערבית. התוצאות השונות בכל אחד מהמקרים נובעות בעיקרן מהנתונים הספציפיים שעל-פיהם נעשה האיזון בין כפות המאזניים. אם עניינם של המתנחלים הישראלים שונה במידה ניכרת משני המקרים האחרים, הדבר נובע מהמאפיינים הפוליטיים וההיסטוריים של הסכסוך. אף שקשה לסווג מאפיינים אלה בקטגוריות משפטיות ברורות, הם מהווים מרכיב הכרחי בכל ניתוח.